

Tilburg University

Samenhang in rechtsverhoudingen

van Laarhoven, M.J.

Publication date:
2006

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Laarhoven, M. J. (2006). *Samenhang in rechtsverhoudingen*. Wolf Legal Publishers (WLP).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Samenhang in rechtsverhoudingen

M.J. van Laarhoven

UNIVERSITEIT  VAN TILBURG

BIBLIOTHEEK
TILBURG

Samenhang in rechtsverhoudingen

Samenhang in rechtsverhoudingen

M.J. van Laarhoven

ISBN-10: 90-5850-196-5

ISBN-13: 978-90-5850-196-7

Dit boek is totstandgekomen binnen het kader van het onderzoeksprogramma van het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht van de Universiteit van Tilburg

Uitgevers: Willem-Jan en René van der Wolf

Dit boek is een uitgave van:

Wolf Legal Publishers (WLP)

Postbus 31051

6503 CB Nijmegen

tel. 024-3551904

fax 024-3554827

e-mail: wlp@hetnet.nl

<http://www.wlp.biz>



Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 1974, 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 1985, 471, en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB, Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

© Maaïke van Laarhoven

© Opmaak: WLP

SAMENHANG IN RECHTSVERHOUDINGEN

EEN BEKNOPT STUDIE VOORBIJ HET ONDERSCHIED
TUSSEN CONTRACT EN ONRECHTMATIGE DAAD

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
AAN DE UNIVERSITEIT VAN TILBURG,
OP GEZAG VAN DE RECTOR MAGNIFICUS,
PROF. DR. F.A. VAN DER DUYN SCHOUTEN,
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN TEN OVERSTAAN
VAN EEN DOOR HET COLLEGE VOOR PROMOTIES
AANGEWEEZEN COMMISSIE IN DE AULA VAN DE UNIVERSITEIT
OP VRIJDAG 29 SEPTEMBER 2006 OM 14.15 UUR

DOOR

MARIA JOHANNA VAN LAARHOVEN

GEBOREN OP 26 APRIL 1960
TE
MIERLO

Promotor: Prof.mr. J.B.M. Vranken

Aan Bert, Barend en Marthe de Rooij

Inhoudsopgave

HOOFDSTUK 1	1
Inleiding	
1 Samenhangende rechtsverhoudingen. Een afbakening.	1
2 Waartoe strekt dit proefschrift?	2
3 Plan van behandeling en methode van onderzoek.	2
HOOFDSTUK 2	5
Veranderend verbintenissenrecht. Drie perspectieven.	5
1 Inleiding	5
2 Eerste invalshoek. Rechtsvinding.	5
3 Tweede invalshoek. De rechtsdogmatiek.	8
3.1. Inleiding	8
3.2. Relativering van leerstukken en dogmatische onderscheidingen.	9
3.3. Het naar elkaar toegroeien van wanprestatie en onrechtmatige daad.	15
3.4. Het onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad.	20
4 Derde invalshoek. Van dogmatiek naar grondslag.	24
4.1. Inleiding	24
4.2. Het perspectief van het autonomiebeginsel.	25
4.3. Van autonomie naar zorgplicht als leidend beginsel?	28
5 Slot en vooruitblik.	31
HOOFDSTUK 3	33
De relativiteit van de overeenkomst. Het contract als eiland.	33
1 Inleiding	33
2 Het relativiteitsbeginsel.	33
3 Evaluatie	37
HOOFDSTUK 4	39
Over feitelijk-economisch samenhangende verhoudingen en hun verankering in het verbintenissenrecht.	39
1 Inleiding	39
2 Juridische conceptualisering	39
3 'Typologiseren en moduleren'.	47
4 Normatieve uitleg en productive learning.	51
HOOFDSTUK 5	59
Toepassing	59
1 Inleiding	59
2 Analyse van gevallen. Uitleg van rechtsverhoudingen.	59
2.1. Inleiding	59
2.2. Het <i>Edah</i> -arrest.	60
2.3. Ameland State. Een bijzondere samenhangende rechtsverhouding.	64
2.4. De slager in de supermarkt. Het arrest <i>Vleesmeesters-Alog</i> .	68

2.5.	Het <i>Caribic</i> -arrest. Een feitelijke rechtsbetrekking.	76
3	Slot	84
HOOFDSTUK 6		87
Toetsingscriteria		87
1	Inleiding	87
2	De betekenis van het gerechtvaardigde vertrouwen bij het toekennen van rechtsgevolgen aan samenhangende rechtsverhoudingen.	87
3	Relevante gezichtspunten.	90
4	De gezichtspunten in een rechtsvergelijkend perspectief	95
4.1.	Inleiding	95
4.2.	Het Engelse recht.	96
4.3.	Het Duitse recht.	103
4.3.1.	Grensgebied	103
4.3.2.	Beeoordeling van samenhangende rechtsverhoudingen.	108
4.3.3.	Hervorming van het Duitse verbintenissenrecht.	111
5	Resultaten van de vergelijking. De toekomst voor een multi-factor benadering?	112
Samenvatting		115
Summary		119
Lijst van afkortingen		123
Jurisprudentieoverzicht		125
Literatuurlijst		129
Trefwoordenregister		141

Inleiding

1 Samenhangende rechtsverhoudingen. Een afbakening.

Als er in ons recht al sprake is van een “leerstuk” van samenhangende rechtsverhoudingen is het op zijn best een leerstuk “in ontwikkeling”.¹ Behoudens één enkele echte uitwerking in de rechtspraak gaat het vooral om een oproep vanuit de literatuur om, wanneer daartoe reden bestaat, rechtsverhoudingen in hun samenhang te beoordelen in plaats van ze één voor één af te wikkelen. De contouren van samenhangende rechtsverhoudingen zijn bij lange na nog niet opgehelderd. Het gaat om onbepaalde *meerpartijenverhoudingen* waarin de rechtsposities van betrokkenen verknoopt zijn, zonder dat sprake is van een *meerpartijencontract*. Het wemelt in het verbintenissenrecht van samenhangende rechtsverhoudingen: er zijn talloze rechtsfiguren die tussen meer dan twee personen totstandkomen zonder dat zij allen partij zijn bij dezelfde overeenkomst. Te denken valt onder meer aan hoofdelijkheid, borgtocht, de regeling van de gemeenschap en de verhouding tussen lastgever, lasthebber en derde. Deze vormen van samenhangende rechtsverhoudingen hebben een eigen regeling gevonden in de wet. Op deze rechtsfiguren richt ik me hier niet. Waar ik in dit boek spreek over samenhangende rechtsverhoudingen heb ik het oog op verschijnselen in het verbintenissenrecht, waarbij de *feitelijke samenhang tussen de rechtsposities* van meerdere betrokkenen problemen oplevert en de beantwoording van rechtsvragen beïnvloedt, terwijl geen sprake is van een (meerpartijen)contract tussen hen en ook anderszins niet in een regeling is voorzien. Bekende voorbeelden uit de jurisprudentie zijn HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 (*Jans-Fiat*) en HR 29 mei 1998, NJ 1999, 98 (*Mooijman-Netjes*). Maar ook andere situaties waarin een contract A-B deel uit maakt van een netwerk van rechtsbetrekkingen waarbij ook C en D etc. betrokken zijn, kunnen onder het fenomeen worden gevat.² Springlevend is in dit opzicht nog altijd de beginselverklaring van de Hoge Raad in het – uit 1946 (!) daterende – arrest *Staat-Degens*.³ De Hoge Raad oordeelde dat:

“wanneer iemand zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contract-verhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen worden verbonden, (...) het hem niet onder alle omstandigheden vrij (staat)

¹ Meijer 1998, p. 617.

² Vgl. Linssen 1995, p. 1265-1273.

³ HR 3 mei 1946, NJ 1946, 323. Het belang van deze uit 1946 daterende regel kan moeilijk worden overschat. De Hoge Raad legde daarmee de basis voor het aanvaarden van een zorgplicht van partijen bij een overeenkomst jegens derden. Partijen werd voorgehouden dat men niet onder alle omstandigheden de belangen mag verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van de overeenkomst kunnen hebben. Deze negatieve formulering is inmiddels na het arrest *Baris-Riezenkamp* (HR 15 november 1957, NJ 1958, 67) omgebogen naar een meer positieve formulering: Onder zekere omstandigheden hebben partijen bij een overeenkomst rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen die derden bij de behoorlijke nakoming van de overeenkomst kunnen hebben. Zie HR 24 september 2004, RvdW 2004, 108 (*Vleesmeesters-Alog*).

de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben”.

Het contract is in toenemende mate niet een geïsoleerde, uitsluitend bipolaire relatie tussen twee (of meer) contractspartijen, maar maakt deel uit van een groter geheel, een bepaalde *samenhang*, waarbinnen ook derden met het contract in aanraking komen. De belangrijkste opgave voor recht en rechtswetenschap is om deze samenhang juridisch te reconstrueren en er al dan niet rechtsgevolgen aan toe te kennen. Aan het uitvoeren van deze opgave probeer ik hier een bijdrage te leveren. Het begrip samenhangende rechtsverhoudingen moet mijns inziens niet al te letterlijk worden genomen. Het gaat mij niet uitsluitend om gevallen waarbij sprake is van (ten minste) *twee* onderling samenhangende *overeenkomsten* waarbij dan (ten minste) drie partijen zijn betrokken die met elkaars belangen rekening moeten houden.⁴ Wel gaat het mij steeds om meerpartijenverhoudingen die niet door een meerpartijencontract worden geschraagd, waarbij de vraag rijst of aan de feitelijk-economische samenhang tussen de rechtsposities van de betrokkenen rechtsgevolgen moeten worden toegekend. Worden aan deze feitelijke samenhang inderdaad rechtsgevolgen toegekend, dan is mijns inziens sprake van een samenhangende rechtsverhouding.

2 Waartoe strekt dit proefschrift?

De hoofdmoot van dit proefschrift wordt gevormd door een analyse van het fenomeen van samenhangende rechtsverhoudingen en zijn positionering binnen het krachtenveld van het bestaande verbintenissenrecht. Dit vereist echter om te beginnen een visie op dat *krachtenveld* zelf: hoe ziet het hedendaagse verbintenissenrecht er uit? Ik neem hier de positie in dat het verbintenissenrecht thans kan worden gekarakteriseerd als – wat door Bakels⁵ treffend is genoemd – *vloeiend verbintenissenrecht*, dat wil zeggen een verbintenissenrecht waarin de samenhang niet wordt gevonden door het bijeenhouden van een keurig geordend systeem van juridische begrippen, maar door een samenstel van beginselen en gezichtspunten die dwars door dat systeem ‘heengrijpen’. In het bijzonder het onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad staat hier onder druk en de rol van de partijautonomie daarbij. Het is tegen de achtergrond van dit veranderende verbintenissenrecht dat ik samenhangende rechtsverhoudingen beschouw.

3 Plan van behandeling en methode van onderzoek.

Het onderzoek naar de stand van het verbintenissenrecht vormt het onderwerp van hoofdstuk 2. Aan dit hoofdstuk ligt een traditioneel-juridische onderzoeksmethode ten grondslag. Het hoofdstuk is een neerslag van bestudering van rechtspraak en (vooral) literatuur, waarin ik positie kies. Vanuit deze positie bespreek ik in hoofdstuk 3 het relativiteitsbeginsel, vanouds een beginsel om rekening mee te houden

⁴ Vgl. Smits 2003, p. 65. Ook tussen twee partijen kan sprake zijn van meerdere onderling samenhangende overeenkomsten. Zie recent HR 23 september 2005, NJ 2006, 100 (*Lisman van Raay Stichting-Sint Willibrordus Stichting*). Ook dit onderwerp valt buiten het bestek van dit proefschrift.

⁵ Bakels 1996, p. 42-56.

bij het beoordelen van aanspraken in samenhangende rechtsverhoudingen. Wat houdt dit beginsel mijns inziens wel en niet in en in hoeverre kan het beginsel nog richtinggevend zijn bij de beoordeling van samenhangende rechtsverhoudingen? Hoofdstuk 4 is methodologisch van aard. Ik schets daarin op welke wijze naar mijn mening feitelijk-economisch samenhangende verhoudingen hun verankering kunnen vinden in het verbintenissenrecht. In hoofdstuk 5 pas ik de door mij voorgestane methode toe op een aantal in de rechtspraak van de Hoge Raad besliste gevallen. Deze gevallen hebben gemeen dat daarin de feitelijk-economische samenhang tussen de rechtsposities van betrokkenen in een meerpartijenverhouding ter beoordeling staat. In hoofdstuk 6 formuleer ik meer precies de criteria die van belang zijn bij het beoordelen van feitelijk-economisch samenhangende verhoudingen, waarbij ik ook een vergelijking trek met het Duitse en Engelse recht. Dit brengt mij op de rechtsvergelijking in dit boek. Ik heb daar een enigszins vrije rol aan toegekend.⁶ In hoofdstuk 4 ga ik in op pogingen die in andere rechtsstelsels zijn ondernomen om feitelijk-economisch samenhangende verhoudingen te conceptualiseren door middel van bijvoorbeeld het hanteren van contractmodellen. In dit opzicht boden het Franse recht en het Duitse recht de meeste inspiratie en juist (en uitsluitend) om die reden betrek ik deze rechtsstelsels er hier bij. In hoofdstuk 6 vergelijk ik – op een meer systematisch niveau – met het Duitse en Engelse recht met als doel na te gaan welke gezichtspunten in die rechtsstelsels van belang zijn bij het beoordelen van de aansprakelijkheid in samenhangende rechtsverhoudingen. Mijn keuze voor juist deze rechtsstelsels komt voort uit de overweging dat in beide de problematiek van samenhangende rechtsverhoudingen gerekend wordt tot de problematiek van het grensgebied tussen contract en onrechtmatige daad. Zij behoren tot het grensgebied, *niet*, zo denk ik, omdat het naar de aard der zaak uit deze rechtsfiguren zelf zou voortvloeien (de “contort” gedachte), maar omdat hier het nationale recht de grenzen zo heeft getrokken dat er bijna wel een grensgebied moest ontstaan.⁷ Kennisname van rechtspraak en rechtsleer aangaande dit grensgebied lijkt mij zinvol, omdat aangenomen kan worden dat over wat moeizaam op een tegenstribbelend systeem is verworven goed en lang zal zijn nagedacht. Het hart van deze studie ligt echter volledig in het Nederlandse recht. Hoe is ons verbintenissenrecht veranderd?

⁶ Zie voor een uitvoerige rechtsvergelijkende beschouwing over samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid vanuit het perspectief van het Belgische recht, Claeys 2003, i.h.b. p. 483-619. Zie ook Du Perron 1996, p. 54-76.

⁷ Volstrekt overtuigend vind ik in dit opzicht de analyse van Von Bar die stelt dat de grenslijn tussen contract en onrechtmatige daad en daarmee het grensgebied tussen contract en onrechtmatige daad niet theoretisch is voorgegeven maar in eerste instantie wordt bepaald door het “positive nationale Deliktsrecht, das uns sagt, wo es selber enden will”. Vgl. Von Bar 1996, nr. 433. Zie ook nr. 418, 433, 443 en 474. De opmerking geldt mijns inziens ook voor het Engelse recht met dien verstande dat daar juist de *privity-rule* bepaalt waar het contractenrecht “enden will”.

Veranderend verbintenissenrecht. Drie perspectieven.

1 Inleiding

Het verbintenissenrecht wordt steeds vloeiender. Leerstukken lopen in elkaar over, bronnen van verbintenis schuren tegen elkaar aan of schuiven over elkaar heen en afwegingsfactoren zijn vaak dezelfde in en buiten contract. Dit vloeiender worden van het verbintenissenrecht kan men vanuit verschillende perspectieven beargumenteren. Ik onderscheid de volgende drie invalshoeken: het perspectief van de rechtsvinding (§ 2), dat van de rechtsdogmatiek (§3), en ten slotte een perspectief waarbij grondslagenkwesaties in zicht komen (§ 4 e.v.). Wat is de grondslag voor de gebondenheid aan de verbintenis uit overeenkomst, respectievelijk onrechtmatige daad? Vanzelfsprekend kunnen deze perspectieven niet strikt van elkaar worden gescheiden: ook hier is sprake van vloeiende overgangen en een continue wederzijdse beïnvloeding. Verschuivingen van een heteronome naar een meer autonome vorm van rechtsvinding of de toenemende wisselwerking tussen feiten en normen in de rechtsvinding zullen vanzelfsprekend hun neerslag hebben in de dogmatiek en omgekeerd zullen de rechtsvinders zich wel iets gelegen laten liggen aan de producten die het werk van de dogmaticus heeft opgeleverd. Ten slotte geldt dat het veranderende verbintenissenrecht niet los kan worden gezien van een inhoudelijke verschuiving. Langs de weg van de open normen is in zekere zin nieuw recht ontstaan. Recht dat eigenlijk al lang niet meer en zeker niet uitsluitend wordt gedomineerd door begrippen als partijautonomie, partijbedoeling, subjectieve rechten en bevoegdheden en handelingsvrijheid, maar dat veel meer – in ieder geval ook en gelijktijdig – is geënt op de gedachte dat het recht allereerst de betrekkingen tussen mensen moet normeren, gedragsnormen moet formuleren die werkbaar zijn en voldoen aan de eisen van deze tijd. Een perspectief waarbij in overwegende mate wordt geredeneerd op basis van autonomie en handelingsvrijheid wordt verdrongen door een perspectief waarbij de plicht om rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen van meet af aan in het centrum van de beslissing staat.

2 Eerste invalshoek. Rechtsvinding.

Het trefwoord in de thans (over)heersende opvatting over de wijze van rechtsvinding in het burgerlijk recht is *contextualisering*.¹ Een geval wordt niet beslist aan de hand van abstracte regels, maar de norm wordt ‘gevonden’ tegen de achtergrond van de omstandigheden van het geval (de context) en ontleent aan die context ook

¹ Vgl. Smith 1998, Loth 2002, p. 32–40, Loth en Gaakeer 2005, p. 27–50, Asser/Vranken 2005, p. 111–114. Het contextualisme als opvatting van wetenschap is breed verankerd in veel wetenschapsgebieden. De wortels van het contextualisme liggen in de taalfilosofie. Zie hierover: G. Preyer, *Contextualism in philosophy: knowledge, meaning and truth*, Oxford: Clarendon Press 2005. Zie over “de stelling van het contextualisme” in ethiek, filosofie en recht Loth 2002, p. 32–40 met verdere verwijzingen.

zijn betekenis. Door het formuleren van gezichtspunten die beslissend zijn voor het oordeel over wat rechtens is (de aard van de rechtsverhouding, de hoedanigheid van partijen etc.) worden de feiten en omstandigheden van het geval als het ware in de norm verdisconteerd. De open normen van de maatschappelijke zorgvuldigheid en redelijkheid en billijkheid zijn in dit opzicht de motor voor de rechtsontwikkeling geweest. Dankzij de open normen heeft de feitelijke context van een verhouding aan belang kunnen winnen ten opzichte van dogmatische onderscheidingen als die tussen contract en onrechtmatige daad. Ook werden in die feitelijke context (de onderhandelingen, de samenwerking, de feitelijke machtsverhoudingen binnen het concern) de aanknopingspunten gevonden voor de juridische verplichtingen tussen betrokkenen. Bijzonder treffend – en actueel – is nog altijd wat daarover door Paul Scholten is gezegd. Scholten ging in op de complexe verhouding tussen regel, feiten en beslissing, in het bijzonder bij de toepassing van open normen.² Hij betoogde dat in veel gevallen de rechter pas tot een beslissing kan komen door betekenis en gewicht toe te kennen aan de feiten en omstandigheden van het geval in het licht van de regeling (en omgekeerd). De rechter beslist in deze gevallen niet naar de regeling, maar constitueert de betekenis van het voorschrift door “de waardering van het geval als geheel”.

“Ius in causa positum. In de feiten zelf ligt het recht.”

aldus Scholten.³ En elders zegt hij:

“Hoe anders zal degene, die recht zoekt, de goede regel kunnen vinden dan door het geval als uitgangspunt te nemen? Doch als wij dit aannemen, dan moeten we óók aanvaarden, dat het geval zelf mede de beslissing bepaalt (...).”⁴

Scholten benadrukt de cruciale rol van de feiten vooral bij de toepassing van open normen.⁵ Daarmee verwijst hij eerst en vooral naar een “methodologische moeilijkheid”⁶ die vooral bij open normen in het oog springt, namelijk dat eerst door het vaststellen van de feitelijke context, de handelingspraktijk waarin de norm wordt aangeroepen, de inhoud van de norm definitief gestalte krijgt en ook pas kan krijgen. De norm en dus ook de keuze van de rechter kan in deze gevallen eenvoudigweg niet losgekoppeld worden van de feiten van het geval juist omdat de norm – een *gedragsnorm* – voor een deel voortvloeit uit en gevonden wordt in die feiten.⁷ Barendrecht zegt precies het omgekeerde en beroept zich daarbij eveneens op Scholten. Barendrecht zegt dat de keuze (voor een bepaald rechtsgevolg) *altijd* kan worden losgekoppeld van de feiten waarvoor die keuze geldt.⁸ Dit lijkt mij juist voor zover daarmee bedoeld wordt dat de feiten niet bepalen wat behoort.

² Vgl. ook Smith 1998, p. 15, die een mooie analyse geeft van Scholten's benadering.

³ Scholten 1974, p. 9.

⁴ Scholten 1974, p. 121.

⁵ Scholten 1974. Zie in het bijzonder p. 8-9, waar het gaat om toepassing van art. 1401 BW (oud en p. 120-124.

⁶ Smith 1998, p. 18.

⁷ Vgl. Van Schilfgaarde 2000, p. 227 e.v. en p. 243 e.v.

⁸ Barendrecht 1992, p. 163.

Barendrecht vervolgt echter met te zeggen dat met de uitspraak van Scholten dat de omstandigheden van het geval beslissend zijn dus redelijkerwijs niet meer kan worden bedoeld, dan dat een normatief oordeel moet worden gezocht dat bij de omstandigheden van het geval past.⁹ Ik meen toch dat Scholten met het *ius in causa positum* iets anders op het oog heeft dan Barendrecht stelt. Naast de omstandigheden van het geval en de normatieve keuze van de rechter speelt ook de betekenis die de gedragsnorm heeft voor de handelende partijen in deze context een rol. De rechter kiest deze gedragsnorm, maar zoekt daarbij zozeer aansluiting bij de feitelijke context, de handelingspraktijk, dat het niet mogelijk is deze keuze los te koppelen van de feiten. In mijn optiek zou dat alleen kunnen in het geval de open norm als een volstrekt *lege norm* wordt opgevat.¹⁰ Dan is er optimale keuzevrijheid voor de rechter en kiest hij een norm die bij de omstandigheden van het geval past. Als het echter gaat om de inhoudelijke kern van de redelijkheid en billijkheid dat men zich ten opzichte van zijn medemens fatsoenlijk heeft te gedragen, is de keuzevrijheid voor de rechter veel minder groot dan Barendrecht hier suggereert. De rechter zal dan toch minstens moeten toetsen of het gedrag, in deze context, de toets der kritiek kan doorstaan. Hij past een norm toe die hij voor een deel slechts in de context kan vinden, simpelweg omdat normen van behoren niet exclusief behoren tot het domein van de rechter. Zij behoren tot ieders domein (vgl. art. 3:12).¹¹

Contextualisering doet zich intussen niet alleen voor als het gaat om “erkend” open normen als redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke zorgvuldigheid. Het doet zich ook voor bij normen die op het eerste gezicht een nogal gesloten karakter dragen. Zo is de vraag wat in een concreet geval heeft te gelden als bekrachtiging van een rechtshandeling door de Hoge Raad volledig contextbepaald beantwoord in het arrest *Rabobank Groningen-Niezink q.q.*¹² De Hoge Raad hield hier niet halt bij art. 2:203 BW (waarin uit voortvloeit dat identiteit moet bestaan tussen de vennootschap in oprichting en de vennootschap die de rechtshandeling bekrachtigt) maar oordeelde dat in de context van het geval de gedragingen van een vennootschap als bekrachtiging van de handelingen van een andere vennootschap in oprichting hadden te gelden. Contextualisering van de norm kan ook betekenen dat de norm niet langer de (beperkte) inhoud heeft die daaraan door de wetgever is gegeven. In art. 3:61 lid 2 wordt voor de binding van de achterman aan een namens hem onbevoegd verrichte rechtshandeling expliciet de eis gesteld dat de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid gewekt moet zijn door een “verklaring of gedraging” van die achterman (het *toedoenbeginfel*). Een meerderheid in de literatuur¹³ neemt echter inmiddels aan – met Schoordijk als voorloper¹⁴ – dat dit

⁹ Barendrecht 1992, p. 164.

¹⁰ Zie voor de opvatting dat redelijkheid en billijkheid een volstrekt lege norm is Hesselink 1999 wiens opvatting bestrijding heeft ondervonden, ook van mij (in een bespreking samen met Nieskens-Isphording, NTBR 2001, p. 363-370).

¹¹ Zie in deze zin ook: Van Schilfgaarde, ‘Deel 4 van Hesselink’, WPNR 6377 (1999), p. 811-815.

¹² HR 11 april 1997, NJ 1997, 583.

¹³ Zie (onder meer) Van Schaick 1999, p. 68-69, Nieskens-Isphording en Van der Putt-Lauwers 2002, p. 27-28, Ernes 1999 en Ernes 2000, p. 61-163 en p. 220-221. Zie ook Asser/Kortmann 2004(2-I), nrs. 38-42. Anders echter: Tjong Tjin Tai 2003, p. 290-297. De koers van de Hoge Raad is niet helemaal duidelijk: van een expliciete aanvaarding van de toerekeningsleer is geen

toedoenbeginsel te eng is en dat ook in gevallen waarin van een toedoen geen sprake is de achterman aan de onbevoegd verrichte rechtshandeling gebonden is, als de derde *is afgegaan op feiten en omstandigheden* die voor risico van de achterman komen (het *toerekeningsbeginsel*). Een toepassing van dit toerekeningsbeginsel is het arrest *Felix-Aruba* (HR 27 november 1992, NJ 1993, 287). De Hoge Raad stelt in dit arrest expliciet dat voor de vraag of sprake is van toerekenbare schijn van volmacht betekenis toekomt aan factoren als de positie die de handelende functionaris binnen de organisatie van de overheid inneemt, diens gedragingen, de omstandigheid dat de organisatie en/of verdeling van de bevoegdheden over de verschillende organen van de overheid, als gevolg van onduidelijkheid, onoverzichtelijkheid of ontoegankelijkheid van de desbetreffende regelingen, voor buitenstaanders ondoorzichtig zijn, alsmede eventuele nalatigheid van de zijde van de overheid om de derde tijdig op de onbevoegdheid van de functionaris opmerkzaam te maken. Contextualiseren betekent hier dat de norm een nieuwe inhoud verkrijgt onder invloed van feiten, waarna men op grond van die nieuwe norm oordeelt dat de achterman gebonden is aan de rechtshandeling. De oude norm (toedoen) was te weinig “feitengevoelig”, de nieuwe (toerekening) beoogt in die leemte te voorzien.

Dat deze wijze van rechtsvinding ook op het niveau van de dogmatiek heeft geleid tot een beeld van een vloeiend, een veranderd verbintenissenrecht, komt in de volgende paragraaf aan de orde.

3 Tweede invalshoek. De rechtsdogmatiek.

3.1. Inleiding

Vanuit het perspectief van de juridische dogmatiek¹⁵ kan het vloeiender worden van het verbintenissenrecht worden geïllustreerd aan de hand van – naar ik meen – drie hoofdthema’s: de relativering van (grenzen tussen) *leerstukken* en dogmatische onderscheidingen (§3.2.), het naar elkaar toegroeien van de aansprakelijkheid op grond van wanprestatie en onrechtmatige daad (§ 3.3.) en het “vervagende” onder-

sprake. Zie de conclusie onder 2.7. van A-G Bakels voor HR 9 augustus 2002, NJ 2002/543 (*Van den Berg-Tollenaar/Balm*).

¹⁴ Schoordijk 1970a, p. 1-24.

¹⁵ Onder juridische dogmatiek versta ik hier – naar de omschrijving van Langemeijer 1962, p. 15 – de bewerking van het positieve recht waarbij op methodische wijze aan dat positieve recht oordelen worden ontdoet die dat recht in de vorm waarin het is gegeven niet rechtstreeks uitdrukt. Zie ook Gribnau 2002, p. 63: “De dogmatiek beschrijft en analyseert op systematische wijze het bestaande recht waarbij zij richtlijnen voor te beslissen gevallen poogt te geven”. Het gaat bij dogmatiek om methodische arbeid, maar de dogmatiek is niet “waardevrij”. Steeds spelen de vooroordelen en de eigen tunnelvisie van de dogmaticus mee. Uiteindelijk komt het dan aan op de overtuigingskracht: is men bereid deze interpretatie van het geldende recht te volgen. Het begrip rechtsdogmatiek is op zichzelf natuurlijk uiterst ongelukkig. Rechtsdogmatiek heeft niets van doen met het bewaken van dogma’s: onwankelbare en onbetwifelbare zekerheden, leerstellingen, zijn er in het recht – zo zij er al ooit geweest zijn – al lang niet meer. En als er geen dogma’s zijn kan er ook niet aan worden vastgehouden zodat de zuivere dogmatiek en de zuivere dogmaticus in het recht niet meer bestaat. Zie hierover voor het Duitse recht Meyer-Cording 1973, waarover ook Larenz 1991, p. 229.

scheid tussen contract en onrechtmatige daad (§ 3.4.). Welbeschouwd is er nog een vierde thema: de vraag of het onderscheid tussen verbintenis en rechtsplicht wel gemaakt kan worden en daarmee samenhangend de vraag of het systeem van bronnen van verbintenissen een gesloten of open systeem is. Bij deze discussie sta ik hier echter niet stil. Het volstaat hier te zeggen dat de positie ingenomen in het arrest *Quint-Te Poel*¹⁶ en onder het Nieuw BW voortgezet in art. 6:1 volop steun biedt aan een ontwikkeling in de richting van een vloeiend verbintenissenrecht.¹⁷ Dat de “Quint-Te Poel formule” voor de rechtsontwikkeling betreffende samenhangende rechtsverhoudingen van belang is, komt in hoofdstuk 4 aan de orde.

3.2. Relativering van leerstukken en dogmatische onderscheidingen.

De privaatrechtelijke “stof” ziet er anders uit dan pakweg een halve eeuw geleden. Leerstukken veranderen van binnenuit, gaan op elkaar lijken en vloeien soms zelfs ineen. Eisen en rubrieken die vroeger als vanzelfsprekend en scherp van elkaar werden onderscheiden verliezen hun zelfstandige status en kracht. Ook hierin kan men het contextualistische perspectief ontwaren. Welke rechtsvraag (totstandkoming, dwaling, uitleg, wanprestatie, onrechtmatige daad) ook aan de orde is, steeds weer wordt deze beschouwd vanuit het perspectief van de actuele rechtsbetrekking tussen partijen. Wat is hun relatieve positie ten opzichte van elkaar en hoe moet met het oog op die relatieve positie, die rechtsbetrekking, de aan de orde zijnde rechtsvraag worden beantwoord? Het gehanteerde inhoudelijke concept is daarbij veelal het concept van de zorgplicht, de plicht om rekening te houden met elkaars belangen, meer concreet uitgewerkt in een verrijnd samenstel van onderzoeks-, informatie- en mededelingsplichten en andere meer specifieke zorgplichten.¹⁸ In het hiernavolgende geef ik drie voorbeelden (uit vele) van het vloeiender worden van het verbintenissenrecht in relatie tot leerstukken van burgerlijk recht. Het eerste voorbeeld heeft betrekking op het feit dat een leerstuk van binnenuit verandert, het tweede gaat over het ineenvloeien van leerstukken en het derde heeft betrekking op het lot van rubriceringen en onderscheidingen binnen het leerstuk van de onrechtmatige daad.

(1).

Nog niet zo lang geleden plaatste de Hoge Raad een geval van dwaling in het arrest *Marks-Albert Schweitzer Ziekenhuis* uitdrukkelijk in de sleutel van zorgplichten.¹⁹ In dit arrest stond de vraag ter beoordeling of een werknemer een overeenkomst tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst kon vernietigen wegens dwaling omdat hij verkeerd was voorgelicht over de mogelijkheid tot vrijwillige voortzetting van zijn pensioenopbouw. De rechtbank wees het beroep op dwaling af omdat de werknemer niet had mogen afgaan op een enkele mededeling van de werkgever, afgeleid uit een brochure, maar zelf nader onderzoek had moeten verrichten. De Hoge Raad casseert het vonnis van de rechtbank in een uitgebreide en uitermate feitengevoelige overweging die ik hier laat volgen:

¹⁶ HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548.

¹⁷ Verwezen zij naar Smits 2003, p. 23-35.

¹⁸ Grondlegend Vranken 1989.

¹⁹ HR 19 september 2003, NJ 2005, 234 m.nt. Hijma.

“3.5.3 Het onderhavige geval wordt, zoals in cassatie ten dele veronderstellenderwijs moet worden aangenomen, door het volgende gekenmerkt. De overeenkomst strekte tot beëindiging van het dienstverband met een 51-jarige werknemer, Marks, welk dienstverband meer dan twintig jaren had geduurd. De beëindiging van de overeenkomst vond plaats op initiatief van de werkgever, het ziekenhuis, in verband met door reorganisatie ontstane overtolligheid. Het overleg over de afvloeiing van Marks geschiedde door tussenkomst van een personeelsfunctionaris, die was aangesteld om de afvloeiingen in verband met de reorganisatie te begeleiden. Tijdens dit overleg is gesproken over de mogelijkheid voor Marks om zijn pensioenopbouw tot zijn zestigste jaar op vrijwillige basis voort te zetten en aan Marks is de (onjuiste) mededeling gedaan dat die mogelijkheid bestond. Daarbij heeft het ziekenhuis aan Marks de brochure van 1992 overhandigd. Deze brochure riep op zijn minst vragen op met betrekking tot deze pensioenkwestie. De verbeterde brochure van 1994, waaruit bleek dat de beoogde pensioenopbouw niet mogelijk zou zijn, was ten tijde van het overleg reeds beschikbaar.

Gelet op de belangen die voor Marks – naar voor het ziekenhuis kenbaar was – op het spel stonden, bracht de zorgvuldigheid die het ziekenhuis, als werkgever, onder de hiervoor geschetste omstandigheden in acht behoorde te nemen tegenover Marks, een oudere werknemer met wie een overeenkomst ter beëindiging van een langdurig dienstverband zou worden gesloten, mee dat het geen mededelingen aan Marks deed omtrent een voor hem bestaande mogelijkheid tot toekomstige pensioenopbouw zonder zich van de juistheid van die mededelingen te overtuigen. Opmerking verdient hierbij dat die juistheid, zoals de Rechtbank heeft geoordeeld, niet zonder meer kon worden afgeleid uit de aan Marks overhandigde brochure van 1992 en dat, naar mag worden aangenomen, dit ook voor het ziekenhuis kenbaar was. In het licht van het hiervoor overwogene heeft de Rechtbank onvoldoende inzicht gegeven in de gedachtengang die heeft geleid tot het oordeel dat de dwaling voor rekening van Marks behoort te komen. Indien de Rechtbank daarbij heeft miskend dat op het ziekenhuis in deze een zorgplicht als hiervoor bedoeld, rustte, geeft haar oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Indien zij dit niet heeft miskend, is haar oordeel zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. De onderdelen slagen dan ook in zoverre.”

Hijma heeft juist vanwege feit dat de Hoge Raad zijn oordeel in de sleutel van een op de werkgever rustende zorgplicht plaatst, kritiek geleverd op het arrest.²⁰ Hij noemt het zorgplichtbetoog van de Hoge Raad “*overkill*”, omdat, nu de Hoge Raad veronderstellenderwijs ervan uitgegaan is dat er een onjuiste mededeling is gedaan door het ziekenhuis, het helemaal niet nodig is om over een zorgplicht van het ziekenhuis en de schending daarvan te spreken. Voor een beroep op dwaling krachtens art. 6:228 lid 1 sub a (dwaling ten gevolge van een onjuiste mededeling) volstaat dat er een onjuiste mededeling is gedaan. Pas als in het kader van art. 6:228 lid 2 moet worden afgewogen of op de dwalende (Marks) ondanks de onjuiste mededeling een onderzoeksplicht rustte om de juistheid van de mededelingen te verifiëren, kan het zorgplichtbetoog belangrijk worden, omdat dan het oordeel dat een werkgever er alles aan moet doen om te voorkomen dat hij onjuiste of onduidelijk-

²⁰ Hijma, noot onder HR 19 september 2003, NJ 2005, 234 (Marks-Albert Schweitzer Ziekenhuis), nr. 4 en 5.

ke informatie geeft, in de weg kan staan aan het aanvaarden van die onderzoeksplicht.

Hijma heeft met zijn kritiek gelijk als strikt volgens het kader van art. 6:228 wordt geredeneerd: de Hoge Raad lijkt dit kader, dit schema, inderdaad wat los te laten. Maar juist *dat* maakt het arrest mijns inziens zo belangrijk en goed. De Hoge Raad benadert het dwalingsvraagstuk *niet* vanuit de doctrinaire indeling als wilsgebrek met de daarop gebouwde regeling van art. 6:228 maar vanuit het concept van de zorgplicht, een leerstukoverstijgend perspectief. Door uitgebreid te motiveren hoe in het kader van de beëindiging van een langdurig dienstverband de verantwoordelijkheden van respectievelijk werknemer en werkgever liggen en niet strikt de indeling van art. 6:228 te volgen raakt de Hoge Raad de kern van de zaak: vaststellen hoever de plicht om rekening te houden met elkaars belangen in een concreet geval, *in een bepaalde context*, reikt, om van daaruit het beroep op dwaling te beoordelen. Dat is naar mijn mening geen overkill, dat is precies goed.

(2)

Het perspectief van de zorgplicht is niet alleen werkzaam binnen leerstukken, het leidt er ook toe dat leerstukken in elkaar gaan overlopen. Het bekendste voorbeeld is wel het in elkaar overvloeien van *dwaling* en *wanprestatie*. Smits zegt hierover in zijn aan dit onderwerp gewijde monografie:

“Sinds partijen zich ook het belang van de wederpartij hebben aan te trekken, schuiven *dwaling* en *wanprestatie* (...) ineen. De inhoud van de overeenkomst wordt dan niet langer alleen bepaald door expliciete mededelingen, maar ook door wat partijen wederzijds van elkaar mogen verwachten. Wat verwacht mag worden, wordt bepaald door *al dan niet* gedane mededelingen van de wederpartij en al dan niet te eisen onderzoek van de in zijn verwachtingen gefrustreerde contractant, alsmede door wat men gebruikelijk mag verwachten bij een overeenkomst als deze.” (Cursivering van mij, MvL)²¹

Factoren die van belang zijn bij het beoordelen van een beroep op dwaling zijn dat ook bij het beoordelen van het beroep op wanprestatie, ook al is de rechtsvraag anders gestructureerd. Dit gegeven houdt mijns inziens echter niet in dat op dit moment in de rechtsontwikkeling al van een *samenval* van deze leerstukken kan worden gesproken. Niet alleen de rechtsgevolgen van een beroep op wanprestatie en dwaling verschillen nog²², maar ook bepaalde belangrijke inhoudelijke kwesties zijn op dit punt nog niet uitgekristalliseerd.

Ik doel hierbij in het bijzonder op de belangrijke kwestie in hoeverre een in de precontractuele fase gedane onjuiste mededeling zowel toewijzing van een vordering op grond van dwaling als op grond van wanprestatie rechtvaardigt.²³ Of een onjuiste mededeling van de wederpartij aanleiding geeft tot een actie *op grond van wanprestatie* is daarvan afhankelijk of die mededeling zozeer sturing geeft aan datgene wat een partij *op grond van de overeenkomst*

²¹ Smits 1999, p. 26.

²² Smits 1999, p. 82 e.v. Zie in het kader van koop Asser/Hijma 2001 (5-I) nr. 249 en 340.

²³ Zie over deze problematiek Bollen 2004, p. 414–427. Bollen verdedigt de stelling dat samenloop van dwaling en wanprestatie in geval van onjuiste mededelingen bepaald geen vanzelfsprekendheid is. Ik deel die mening, maar meen dat er alternatieven zijn. Zie de hoofdttekst.

van de prestatie mag verwachten, dat die mededeling deel van de contractsinhoud is geworden. Of een onjuiste mededeling aanleiding geeft tot een *actie op grond van dwaling* is daarvan afhankelijk of de mededeling zozeer de beslissing tot het aangaan van de overeenkomst heeft gestuurd, dat de partij, zonder die onjuiste mededeling de overeenkomst niet gesloten zou hebben. De te beantwoorden rechtsvraag noodzaakt derhalve tot een kwalificatie van die mededeling in een bepaalde richting: de mededeling moet worden uitgelegd. Dat die uitleg niet altijd gemakkelijk is, dat de grens ook niet altijd scherp valt te trekken en dat in veel gevallen zowel een beroep op dwaling als wanprestatie zal slagen, geef ik graag toe, maar dit brengt echter mijns inziens niet mee dat die grens er ook helemaal niet meer is. Ik wil dit illustreren aan de hand van de casus uit het arrest *Paalman-Lampenier*.²⁴ In dit arrest stelde een franchisegever aan de beoogde franchisenemer een rapport ter beschikking met de resultaten van een vestigingsplaatsonderzoek met daarop gebaseerde omzetprognoses voor de nieuwe door de franchisenemer op te zetten winkel. Het vestigingsplaatsonderzoek was echter gebaseerd op onjuiste uitgangspunten, waardoor ook de omzetprognoses in de lucht kwamen te hangen. Heeft de franchisenemer nu een vordering op grond van wanprestatie omdat de overeenkomst de franchisenemer niet oplevert wat hij er mede op grond van het rapport van mocht verwachten? Ik heb daar aarzelingen bij.²⁵ Ik meen dat het goed verdedigbaar is dat men ten aanzien van dergelijke, in de praktijk gangbare rapporten, niet een normstellend karakter verbindt ten aanzien van de vraag wat een franchisenemer mag verwachten aan omzet en winst, maar dat dergelijke rapporten eerst en vooral een norm stellen ten aanzien van wat een franchisenemer mag verwachten om een goed geïnformeerde beslissing te kunnen nemen over het al dan niet aangaan van een franchiseovereenkomst. In dit kader mag hij een rapport verwachten dat op deugdelijk onderzoek is gebaseerd. In die zin kan ik me voorstellen dat in dit geval wel een beroep op dwaling, maar geen beroep op wanprestatie openstaat en er dus geen sprake is van samenvatting.

Zelf heb ik verdedigd dat het geval van *Paalman-Lampenier* moet worden benaderd vanuit het, door de Hoge Raad in dit arrest veronachtzaamde, perspectief van de precontractuele zorgplicht.²⁶ Niet de dwaling biedt hier het enige juiste kader en evenmin behoeft het geval te worden gelooft in de richting van wanprestatie of onrechtmatige daad. Er is namelijk een derde (of vierde?) weg, de redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheerst.²⁷ Wanneer de franchisegever een rapport presenteert om een ander over te halen met hem een franchiseovereenkomst aan te gaan, dan handelt hij in strijd met de zorgplicht om te voorkomen dat de franchisenemer een verkeerde beslissing neemt, als het rapport onjuist blijkt te zijn. Dit leidt tot aansprakelijkheid, ook als de franchisegever zich bij de uitvoering van die zorgplicht van de diensten van een derde heeft bediend. De zorgplicht strekt zich hier tot het handelen van de derde uit omdat uitbesteding aan derden er niet toe mag leiden dat men zijn verantwoordelijkheid ontloopt. Leerstukken behoeven niet per se samen te vallen, dat kan ook een te weinig genuanceerde oplossing zijn. Soms is een andere weg te prefereren om aan de vloeiende overgangen in het verbintenissenrecht vorm te geven.

²⁴ HR 25 januari 2002, NJ 2003, 31 (*Paalman-Lampenier* m.nt. Vranken).

²⁵ Anders: Vranken in zijn NJ noot. Vranken meent dat hier de vordering van de franchisenemer beoordeeld had kunnen worden op de grond wanprestatie en dat het daarvoor helemaal niet nodig is om een afzonderlijke inlichtingenverbintenis aan te nemen, zoals de Hoge Raad in dit arrest lijkt aan te nemen. Zie ook Smits 2003, p. 56.

²⁶ Van Laarhoven 2002, p. 287-294.

²⁷ Zie voor deze "derde weg" als het gaat om onjuiste mededelingen in de precontractuele fase ook: Van Rossum 1991, p. 51-52 en p. 288-289 e.v. en 1997, p. 47; Chao-Duvis 1996, p. 330-333; Smits 1999, p. 106. Vgl. HR 2 april 1993, NJ 1995, 94 (*Cattier-Waanders*).

(3)

Als ergens duidelijk wordt dat eisen en rubrieken hun zelfstandige status en kracht verliezen dan is het op het terrein van de *onrechtmatige daad*. Een contextualistische rechtsopvatting heeft er hier bijvoorbeeld toe geleid dat het relativiteitsvereiste – de eis dat *jegens* de ander onrechtmatig is gehandeld en dat de door de gelaedeerde geleden schade onder het beschermingsbereik van de geschonden norm valt – alleen nog een zelfstandige rol heeft te vervullen in het geval er is gehandeld in strijd met een wettelijke plicht. Bij de in de praktijk belangrijkste onrechtmatigheidscategorie: het handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid is de relativiteitsvraag geheel opgegaan in de onrechtmatigheidsvraag. Zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest *Staat-Shell* dat het antwoord op de vraag of in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen is gehandeld in abstracto daarvan afhangt:

“of de dader anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen teneinde geen schade toe te brengen aan een bepaald belang van een ander dat hij had behoren te ontzien, waartoe dan ook mede is vereist dat hij dat belang kende of had behoren te kennen. Dergelijke normen strekken aldus uitsluitend ter bescherming van belangen van anderen waarop de dader bedacht moest zijn. Schendt hij een belang van een ander waarop hij niet bedacht behoefde te zijn, dan is derhalve niet voldaan aan het relativiteitsvereiste, zodat het mogelijk is te zeggen dat de dader niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens die ander; men kan dan evenwel even goed, zo niet beter zeggen dat de dader (in zoverre) niet onrechtmatig heeft gehandeld (vgl. HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 536). In dit opzicht bestaat een nauwe samenhang tussen onrechtmatigheid en relativiteitsvereiste.”²⁸

Dit ineenvloeien van onrechtmatigheid en relativiteit krijgt nog een extra accent doordat de Hoge Raad steeds meer overgaat tot het formuleren van positieve zorgplichten voor bepaalde gevaltypen.²⁹ De regelstructuur van art. 6:162 noopt tot een antwoord op de vraag of in een bepaald geval *onrechtmatig* is gehandeld, maar de Hoge Raad formuleert het antwoord op deze vraag steeds vaker door *eerst* te formuleren welke zorgplicht op iemand in een bepaalde situatie rust om vervolgens te beoordelen of deze zorgplicht is geschonden en of dit tot aansprakelijkheid leidt. Bij deze wijze van rechtsvinding springt de overbodigheid van het relativiteitsvereiste in het oog. De vraagstelling wordt dan immers of op de dader een zorgplicht rustte ten opzichte van de gelaedeerde.³⁰ In deze vraagstelling ligt het relatieve karakter van de zorgvuldigheidsnorm zélf besloten. Van meet af aan wordt benadrukt dat de toepasselijke zorgvuldigheidsnorm (de zorgplicht) pas kan worden gevonden en toegepast met het oog op de specifieke context. Dat in de rechtspraak deze methode wordt gevolgd verbaast niet: het recht doen aan de omstandigheden van het

²⁸ HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 198. Zie ook HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288 (*Poot-ABP*). Zie over “relativiteit als onlosmakelijk bestanddeel van de onrechtmatigheidsvraag” Van Maanen 1997, p. 255–272.

²⁹ Zie over deze ontwikkeling Hartlief 2002a, p. 481–515.

³⁰ Het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht krijgt zo Engelse trekken. Voor de aansprakelijkheid op grond van (de tort of) negligence is de eerste beslissende stap de beantwoording van de vraag of op de laedens een duty of care rustte ten opzichte van de gelaedeerde. Zie hierover met het oog op de overbodigheid van ons relativiteitsvereiste bij toepassing van de zorgvuldigheidsnorm Klomp 1998, p. 46–50.

geval lukt nu eenmaal beter door het formuleren van concrete zorgplichten, dan door het nalopen van abstracte eisen.

Maar recht is ook taal. In dit verband schreef Eijsbouts een intrigerend opstel over “*de twee gezichten van zorgvuldigheid*”.³¹ Eijsbouts onderzoekt het (normatieve) begrip zorgvuldigheid en ontdekt daaraan twee kanten. De negatieve kant is de *onzorgvuldigheid* en dat is de basis voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:162: Dit artikel schept aansprakelijkheid voor onzorgvuldig handelen: het stelt een ‘negatieve’ norm. Het bereik van art. 6:162 is dan ook beperkt, aldus Eijsbouts. Alleen maatschappelijk onbetamelijk gedrag valt binnen haar blikveld. De andere kant van de zorgvuldigheid is de eis van (positieve) *zorgvuldigheid*, die is terug te vinden in een groeiend aantal specifieke zorgplichten. De negatieve zorgvuldigheid heeft een zekere eenheid en algemeenheid (steeds moet uiteindelijk immers vastgesteld worden of er sprake was van onzorgvuldig handelen in de zin van art. 6:162, m.a.w. of er sprake was van onrecht) die bij de positieve zorgvuldigheid ontbreekt. Wanneer omschreven moet worden wat een positieve zorgvuldigheidseis inhoudt (wat is zorgvuldig gedrag? in plaats van wat is onzorgvuldig gedrag?) dan zal, om een zinvol antwoord te kunnen verkrijgen al heel snel moeten worden teruggegrepen op een bepaalde vakmatige of relationele context. Zonder deze context is het immers niet goed mogelijk de specifieke inhoud van de positieve zorgvuldigheidseis te formuleren. Eijsbouts meent dat de negatieve kant van de zorgvuldigheid niet moet worden verdrongen door de positieve kant daarvan. Gebeurt dit wel, wordt met andere woorden de “hele samenleving ingepolderd met positieve zorgvuldigheidsplichten” – zo begrijp ik zijn betoog – dan dreigt het gevaar dat in onze samenleving strengere normen gaan gelden dan uit de toepassing van de algemene norm van art. 6:162 voortvloeit.

Het betoog van Eijsbouts overtuigt mij niet, voor zover daarin besloten ligt dat uit art. 6:162 zelf zou voortvloeien dat binnen deze regel eigenlijk niet gewerkt *mag* worden met het formuleren van positieve zorgplichten. Het artikel staat er niet aan in de weg om tot het (inderdaad doorslaggevende) *onzorgvuldigheidsoordeel* te komen met gebruikmaking van het concept zorgplicht. Wel onderken ik de macht van de taal in het recht. Ik ben als gebruiker van de taal en van het recht geneigd een concreet oordeel dat luidt dat ik in een bepaald geval onzorgvuldig heb gehandeld door een student niet goed te informeren over zijn herkansingsmogelijkheden, anders te beoordelen dan een meer algemeen geformuleerde oekaze dat op mij in mijn hoedanigheid van docent de zorgplicht rust mijn studenten goed voor te lichten over de diverse aspecten van het examenreglement. Recht dat steeds meer georiënteerd raakt op het formuleren van zorgplichten *kan* er anders, minder vrijheidslievend en meer paternalistisch, uit zien dan recht dat zich steeds opnieuw, als het ware blanco, oriënteert aan de regel van art. 6:162. Dit legt de plicht(!) op om bij het formuleren van zorgplichten de precieze reikwijdte en context daarvan aan te geven, waarbij steeds een oriëntatie moet plaatsvinden op de achterliggende waarden van handelingsvrijheid en verantwoordelijkheid.

Het contextualistische perspectief leidt er ook toe dat binnen het leerstuk van de onrechtmatige daad steeds minder plaats is voor absolute categorieën. De regel van art. 6:162 lid 2 dat een handeling of gedraging die inbreuk maakt op een subjectief recht om die reden onrechtmatig is staat daarom onder druk. Steeds meer wint de opvatting veld dat in de gevallen waarin een subjectief recht is aangetast toch pas van een onrechtmatige daad sprake is als tevens maatschappelijk onzorgvuldig is

³¹ Eijsbouts 1993, p. 515-522.

gehandeld.³² Dat de categorie inbreuk op een recht een noodlijdend bestaan leidt, komt omdat het moeilijk is met behulp van deze categorie te relativieren, recht te doen aan de relatieve positie van partijen ten opzichte van elkaar. In het criterium inbreuk op een recht wordt eenzijdig gekeken naar de positie van de gelaedeerde. Dat moet bij de huidige rechtsopvatting, waarin het er nu juist om gaat de relatieve positie van partijen ten opzichte van elkaar te beoordelen (handelde *de dader* anders, dan hij met het oog op de belangen van *de ander* had behoren te doen?) wel tot moeilijkheden leiden.

“Alleen het zorgvuldigheids criterium relativeert en levert dan ook dogmatisch de minste moeilijkheden op”.

Aldus treffend Schut, die er mismoedig aan toevoegde dat de wetgever in 1992 dezelfde dieldeling handhaaft als die welke onder het oude recht gold, “met alle gevolgen van dien voor de uitleg van de onderscheiden deelnormen”.³³

3.3. Het naar elkaar toegroeien van wanprestatie en onrechtmatige daad.

Het tweede thema aan de hand waarvan het veranderende verbintenissenrecht kan worden geïllustreerd is de tendens naar eenheid van aansprakelijkheidsrecht, meer in het bijzonder het naar elkaar toegroeien van *wanprestatie*³⁴ en *onrechtmatige daad*.³⁵ Op het eerste gezicht is sprake van een groot verschil tussen beide aansprakelijkheidsgronden. Kernbegrip bij het vaststellen van wanprestatie is de *tekortkoming*. Van een tekortkoming is sprake indien de prestatie van de schuldenaar in enig opzicht ten achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt.³⁶ Wat een verbintenis vergt wordt in geval van een overeenkomst bepaald door de inhoud ervan. Hier lijkt een onoverbrugbare kloof te ontstaan tussen wanprestatie en onrechtmatige daad. De *eerste maatstaf* bij wanprestatie is de inhoud van de overeenkomst, de *eerste maatstaf* bij onrechtmatige daad veelal de maatschappelijke zorgvuldigheid. Voor het vaststellen van de inhoud van de (verbintenissen uit) overeenkomst is de Haviltex-maatstaf maatgevend.³⁷ Het komt aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de afgelegde verklaringen mochten toe-

³² De opvatting is echter geen gemeengoed. Zo verdedigt Sieburgh voluit het zelfstandige bestaansrecht van de categorie “inbreuk op een subjectief”. Zie Sieburgh 1997, p. 628-635 en Sieburgh 2000, p. 59 e.v.

³³ Schut 1997, p. 40.

³⁴ Wanprestatie kan zich bij iedere verbintenis, en dus niet alleen bij de primaire verbintenissen uit contract, voordoen. Gedacht kan worden aan verbintenissen tot schadevergoeding en ongedaanmakingsverbintenissen. Ik heb hier echter het oog op wanprestatie in de “oudervetse” betekenis: het toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van verbintenissen uit overeenkomst.

³⁵ Ook in nog andere opzichten kan wellicht gesproken worden van toenemende eenheid in het aansprakelijkheidsrecht. Zo heeft Van Boom in een machtige poging het verkrijgingsrecht voorgedragen als alternatieve aansprakelijkheidsgrond in gevallen waarin de aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 tekortschiet. Zie Van Boom 2002, p. 71-147. Door zo de verbinding te leggen tussen twee aansprakelijkheidsgronden wordt een nieuw licht geworpen op het aansprakelijkheidsrecht als geheel en kan meer “eenheid” ontstaan.

³⁶ Asser /Hartkamp 2004 (4-I), nr. 307.

³⁷ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex*).

kennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

Op het punt van de uitleg van overeenkomsten doet zich in de (oudere) literatuur een controverse voor tussen de aanhangers van een meer klassieke uitlegmethode³⁸ en de aanhangers van de methode van normatieve uitleg, aangevoerd door Van Dunné.³⁹ In de klassieke (heersende?) opvatting moet een onderscheid worden gemaakt tussen uitleg van het overeengekomene en aanvulling van het overeengekomene. Bij de uitleg gaat het om het vaststellen van wat partijen overeengekomen zijn om daarna, eventueel met behulp van aanvulling, vast te stellen wat de rechtsgevolgen van de overeenkomst zijn. Van Dunné heeft een methode verdedigd waarbij niet eerst wordt vastgesteld wat partijen zijn overeengekomen, maar waarbij in één vloeiende beweging de rechtsgevolgen van de overeenkomst worden vastgesteld aan de hand van de goede trouw (thans redelijkheid en billijkheid). Kernpunt van de controverse is natuurlijk *de partijbedoeling*. In de klassieke opvatting is de partijbedoeling zoals die uit de betekenis van de over en weer afgelegde verklaringen moet worden afgeleid van groot belang, in de visie van Van Dunné slechts één interpretatiefactor.

In de klassieke opvatting lijkt een groot verschil te bestaan tussen het vaststellen van de aansprakelijkheid op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad. Wanprestatie is dan – kort gezegd – het handelen in strijd met de partijafpraak (aangevuld door wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid) en onrechtmatige daad het handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Ik meen dat deze kloof in het hedendaagse recht niet zo groot is als hij lijkt. Op het punt van het vestigen van de aansprakelijkheid heeft zich een ontwikkeling voorgedaan waarbij de maatstaven naar elkaar zijn toegegroeid, en waarbij ook de hiervoor aangegeven controverse tussen de klassieke leer en de leer van de normatieve uitleg in dit opzicht aan belang heeft ingeboet. De belangrijkste ontwikkeling in dit opzicht is wel de *contextualisering van normen en maatstaven*. Bij de uitleg van een overeenkomst – “het vaststellen van de betekenis van de door de contractanten afgelegde verklaringen en dus van de daardoor ontstane rechtsgevolgen”⁴⁰ – geldt dat dit samenstel van verklaringen zijn betekenis niet uitsluitend *kan* ontleenen aan die verklaringen zelf. Steeds zal aansluiting moeten worden gezocht bij de context waarin deze verklaringen zijn gedaan. Dit brengt mee dat allerlei omstandigheden en gezichtspunten bij die uitleg een rol spelen, zoals de aard van de rechtsverhouding tussen partijen, hun hoedanigheid en de wederzijds gerechtvaardigde belangen. Deze gezichtspunten werken uiteindelijk door bij het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst en daarmee van de tekortkoming, nog afgezien daarvan dat de inhoud van de overeenkomst niet alleen wordt bepaald door de partijafpraak, maar ook door de aanvullende werking van wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid. Precies deze zelfde contextualisering heeft zich voorgedaan bij de onrechtmatige daad. De norm van de maatschappelijke zorgvuldigheid heeft een bij uitstek *contextbepaald bereik*.⁴¹ De vraag of maatschappelijk onzorgvuldig is gehandeld kan niet in haar algemeenheid

³⁸ Exemplarisch: Asser/Hartkamp 2005 (4-II), nrs. 279 e.v.

³⁹ Zie Van Dunné 1971, p. 236 e.v. en Van Dunné 2004a, p. 127 e.v. Zie ook Schoordijk 1979, p. 21-43.

⁴⁰ Asser/Hartkamp 2005 (4-II), nr. 280.

⁴¹ Vgl. van Maanen 1997, p. 255-272

worden beantwoord maar moet worden beantwoord met het oog op de concrete situatie die voorligt. Dit brengt mee dat ook hier de aard van de rechtsverhouding tussen betrokkenen, de gerechtvaardigde belangen van ieder der betrokkenen en de omstandigheden van het bijzondere geval van beslissende betekenis zijn. Op deze manier ontstaat congruentie met de in het kader van wanprestatie te hanteren maatstaven. Het onderscheid tussen wanprestatie en onrechtmatige daad wordt zo slechts een gradueel onderscheid, niet langer principieel. Dit vervagende onderscheid wordt nog eens geaccentueerd doordat ook de toepasselijke regels ten aanzien van wanprestatie en onrechtmatige daad niet veel verschillen.⁴² Dit springt met name in het oog waar het gaat om de verplichting tot schadevergoeding. Afdeling 6.1.10 bevat bepalingen die gelden voor alle wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, ongeacht hun ontstaansgrond. Maar ook voor het overige is, zoals Valk het zegt, slechts sprake van vooral “optische verschillen”⁴³: zo kent de onrechtmatige daad geen ingebrekestelling en verzuim omdat rechtsplichten waarvan de schending een onrechtmatige daad oplevert, meestal niet in een geven bestaan. Ook de aansprakelijkheid voor zaken vertoont congruentie. Zowel in contract (art. 6:77) als buiten contract (art. 6:173–6:174) is sprake van een (geclausuleerde) risicoaansprakelijkheid voor resp. ongeschikte en gebrekkige zaken.

Op één punt echter dient zich een belangrijk verschil aan tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, namelijk op het punt van de aansprakelijkheid voor hulppersonen. De contractuele aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen (art. 6:76) is aanmerkelijk ruimer dan de buitencontractuele aansprakelijkheid voor deze categorie hulppersonen in art. 6:171 BW.

Artikel 6:76 BW bepaalt simpelweg dat de schuldenaar die bij de uitvoering van een verbintenis gebruik maakt van hulppersonen, voor hun gedragingen op gelijke wijze als voor eigen gedragingen aansprakelijk is.

Artikel 6:171 BW vestigt buitencontractuele aansprakelijkheid voor een opdrachtgever wanneer een niet-ondergeschikte die werkzaamheden verricht *ter uitoefening van het bedrijf* van de opdrachtgever jegens een derde aansprakelijk is voor een fout die bij die werkzaamheden is begaan.

De Hoge Raad lijkt echter in het arrest *Delfland-Stoeterij de Kraal*⁴⁴ nog een extra (beperkend bedoelde) voorwaarde te hebben gesteld aan toepasselijkheid van art. 6:171. In de casus die ten grondslag lag aan het arrest verrichtte een zelfstandige aannemer, in opdracht van energiebedrijf Delfland dat bezig was met het vernieuwen van de elektriciteitskabels, graafwerkzaamheden op het terrein van de Stoeterij. Bij het graven wordt schade veroorzaakt die de Stoeterij wil verhalen op Delfland. De Hoge Raad wijst echter aansprakelijkheid van Delfland voor de door de aannemer bij de graafwerkzaamheden gemaakte fouten af. De HR oordeelt, met een beroep op de in de conclusie van A-G Spier genoemde wetsgeschiedenis, dat art. 6:171 restrictief moet worden uitgelegd. De HR benadrukt vervolgens dat alleen het geval van degene die aan de bedrijfsuitoefening zelf van de opdrachtgever deelneemt, onder het bereik van art. 6:171 valt en dat aansprakelijkheid niet kan worden aangenomen indien *de benadeelde de dader en diens opdrachtgever niet als een zekere eenheid kan beschouwen*.

⁴² Zie hierover ook Vranken 1991, p. 323 e.v., Vranken 1994, p. 423–427, alsmede Valk 1995, p. 1087–1088.

⁴³ Valk 1995, p. 1087.

⁴⁴ HR 21 december 2001, NJ 2002, 75.

Het oordeel van de rechtbank dat de graafwerkzaamheden zo direct samenhangen met de vernieuwing van de kabels dat er geen grond was voor het oordeel dat deze graafwerkzaamheden door de Stoeterij als losstaand van de bedrijfsvoering van Delfland hadden dienen te worden opgevat, stemde naar het oordeel van de Hoge Raad niet overeen met de beperkte strekking van art. 6:171.

Het arrest van de Hoge Raad is in de literatuur terecht bekritiseerd.⁴⁵ De niet-kenbaarheid van de verhouding opdrachtgever-opdrachtnemer wordt door de Hoge Raad – met een voor betwisting vatbaar beroep op de wetsgeschiedenis – in strijd met de tekst van art. 6:171, verheven tot voorwaarde voor aansprakelijkheid, althans daar lijkt het sterk op. Op deze manier ontstaat een sterke incongruentie met art. 6:76 BW. Wanneer in een contractuele setting een hulppersoon wordt ingeschakeld kan de wederpartij de opdrachtgever zelf aanspreken, terwijl dat in een buitencontractuele context alleen kan als de derde “een zekere eenheid van onderneming” heeft aan kunnen nemen tussen opdrachtgever en zelfstandige hulppersoon. Dit lijkt mij een ongerechtvaardigd onderscheid, te meer daar de rationes van art. 6:76 en art. 6:171 min of meer dezelfde zijn, te weten het profijtbeginsel, de prikkel tot het zorgvuldig kiezen van de hulppersoon en de gedachte dat de wederpartij c.q. de gelaedeerde niet belast moet worden met een zoektocht naar de aansprakelijke persoon.⁴⁶

De incongruentie tussen art. 6:76 en 6:171 slaat mijns inziens een bres in de gedachte van eenheid van aansprakelijkheidsrecht, een bres waarvan de gevolgen zich nog kunnen doen gevoelen. In *grensgevallen*, waarin hulppersonen worden ingeschakeld kan zo de vraag urgent worden of we van doen hebben met een buitencontractuele of met een contractuele verhouding. In het eerste geval is aansprakelijkheid van hulppersonen aan meer beperkingen onderhevig dan in het tweede, wat zou kunnen leiden tot een ‘vlucht’ in contractuele constructies, zoals in Duitsland⁴⁷, of tot het, op slechte grond, afwijzen van de aansprakelijkheid.⁴⁸ In het arrest

⁴⁵ Zie Lubach en Oldenhuis 2002, p. 133–138 en Hartlief 2002b, p. 886–896. Oldenhuis toonde zich al langer een tegenstander van het stellen van de eis dat het voor de derde niet-kenbaar moet zijn geweest dat sprake was van zelfstandige onderneming. Zie (o.m.) Oldenhuis 1998, p. 85–86. Vgl. ook de bespreking van het arrest door Lubach 2005, p. 252 e.v., die het eenheidsvereiste van een genuanceerde en overtuigende inhoud voorziet, en anders dan de Hoge Raad niet focust op de uiterlijke eenheid.

⁴⁶ Vgl. Hartlief 2002b, p. 892–893.

⁴⁷ In Duitsland is voor contractuele constructies “gekozen” op het stuk van de aansprakelijkheid voor ondergeschikten. Par. 831 BGB vormt een belangrijk obstakel voor de delictuele aansprakelijkheid voor ondergeschikten omdat deze berust op een schuldaansprakelijkheid met omkering van de bewijslast, waarbij de werkgever zich kan disculperen als hij zorgvuldig is geweest bij het aantrekken van personeel. Om aan deze beperking te ontkomen kan naar Duits recht in gevallen waarin bijv. een klant van een supermarkt zaakschade of letselschade lijdt als gevolg van een fout van het winkelpersoneel een vordering tegen de supermarkt geldend maken op een contractuele grondslag, de zgn. culpa in contrahendo. Schending van een Schutzpflicht leidt tot een schadevergoedingsplicht van de wederpartij op grond van Positive Vertragsverletzung, een specifieke vorm van wanprestatie, die slechts betrekking heeft op schending van Schutzpflichten, alsmede op gevallen waarin een ondeugdelijke uitvoering van de verbintenis (de schaar van de werknemer van de kapper schiet uit) tot gevolgschade leidt. Doordat de aansprakelijkheid is gebaseerd op een contractuele grondslag geldt hier de ruimere regel van par. 278 BGB ten aanzien van de aansprakelijkheid voor hulppersonen. Met de invoering van het Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (2002) zijn de Schutzpflichten wettelijk geregeld in Par. 241 Abs. 2 BGB, en maakt de Positive Vertragsverletzung deel uit van het wettelijk geregeld Leistungsstörungenrecht (Par. 282 BGB).

⁴⁸ HR 25 januari 2002, NJ 2003, 31 (Paalman-Lampenier). In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat uit de enkele omstandigheid dat een partij (de franchisegever) bij onderhandelingen die aan het

*Mooijman-Netjes*⁴⁹ werd aannemer Netjes door aannemer Mooijman aansprakelijk gesteld omdat hij de uit een feitelijke (niet-contractuele) samenwerking voortvloeiende verplichting tot het doen van bouwkundige aanpassingen niet deugdelijk had uitgevoerd. De Hoge Raad aanvaardde aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van Netjes ten opzichte van Mooijman en dat leidde tot een bevredigende oplossing. Zou deze oplossing langs de weg van de onrechtmatige daad werkelijk anders moeten zijn als Netjes de bouwkundige aanpassingen aan de villa niet zelf had verricht maar had uitbesteed aan een specialist en dit voor Mooijman, óók een aannemer, volstrekt kenbaar was zodat hij aldus geen eenheid van onderneming aan mocht nemen? Ik meen dat dit geen verschil mag maken voor de aansprakelijkheid van Netjes, nu de feitelijke samenwerking er een was tussen Mooijman en Netjes, waarbij het onverschillig is of Netjes hulppersonen heeft ingeschakeld.

Voorlopig houd ik het erop dat het onderscheid tussen art. 6:76 BW en art. 6:171 een lelijke anomalie⁵⁰ is ten opzichte van een voor het overige overheersende tendens: wanprestatie en onrechtmatige daad verschillen slechts gradueel, niet principieel. Belangrijke aanjager bij dit naar elkaar toegroeien van wanprestatie en onrechtmatige daad is het arrest *Baris-Riezenkamp* geweest. Vranken is de eerste geweest die de in dit arrest neergelegde plicht om in precontractuele verhoudingen rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen heeft gekarakteriseerd als een (*abstracte*) *zorgplicht*.⁵¹ Hij beperkt dit concept van de zorgplicht uitdrukkelijk niet tot partijen bij een overeenkomst en ziet het terrein van overeenkomsten en derden als een belangrijk toepassingsgebied.⁵² Ook Bakels⁵³ betoogt, in het kader van meerpartijenverhoudingen, dat het in het huidige verbintenissenrecht steeds meer gaat om het vaststellen van de rechtens vereiste mate van zorg voor elkaars belangen in een bepaalde relatie, waarbij de aan- of afwezigheid van een contractueel kader betrekkelijk onbelangrijk is. Deze rechtens vereiste mate van zorg voor elkaars belangen (de zorgplicht) moet worden afgeleid uit de feitelijke relatie tussen de verbonden partijen, waarbij de wijze waarop en de mate waarin de belangen van de betrokkenen met elkaar zijn verstrengeld het beoordelingskader vormen.

sluiten van een franchiseovereenkomst voorafgaan, de ander (de franchisenemer) een rapport over de te verwachten omzet en de te verwachten winst heeft verschaft, niet kan worden afgeleid dat een daartoe strekkende verbintenis op eerstgenoemde rust. Aansprakelijkheid voor de hulppersoon die de informatie verschaftte kon dan ook niet op de voet van art. 6:76 BW worden aangenomen, omdat deze bepaling slechts ziet op gedragingen van hulppersonen die bij de uitvoering van de verbintenis worden gebruikt. In dat geval resteerde slechts een mogelijke aansprakelijkheid voor de fouten van de hulppersoon op basis van art. 6:171 BW met alle beperkingen van dien. Deze grond was echter in cassatie niet aan de orde.

⁴⁹ HIR 29 mei 1998, NJ 1999, 98.

⁵⁰ Valk wees in 1995 al op het “niet te rechtvaardigen” onderscheid tussen art. 6:76 en 6:171 BW (Valk 1995, p. 1087). Met het *Delfland*-arrest is de kloof er sindsdien alleen maar groter op geworden.

⁵¹ Vranken 1989, p. 205. Zie ook Vranken 2000, p. 153-154. Vgl. ook Vranken 1997a, p. 22-23. In dit preadvies gebruikt Vranken – rechtsvergelijkend geïnspireerd – het concept van “samenwerking” in plaats van “zorgplicht” ten aanzien van de gehoudenheid van contractspartijen om rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.

⁵² Vranken 1997a, p. 22, Vranken 2000, p. 154-155, Vranken 2002, p. 42-44.

⁵³ Bakels 1996, p. 42-56.

“Contract of geen contract, dat is lang niet altijd de kwestie. De rechtens vereiste mate van zorg voor elkaars belangen is waarom het hier gaat en die moet uit de feitelijke relatie tussen deze nauw verbonden partijen worden afgeleid.”⁵⁴

Het concept van de zorgplicht heeft zo – in een omgeving waarin de feiten meer dan ooit het recht bepalen – de tegenstelling tussen wanprestatie en onrechtmatige daad voor een belangrijk deel overwonnen.

3.4. Het onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad.

Een derde tendens waaruit het vloeiender worden van het verbintenissenrecht blijkt is het constateren van een vervagend onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad. Deze problematiek moet niet verward worden met de problematiek die ik in de vorige paragraaf besprak: het vervagende onderscheid tussen wanprestatie en onrechtmatige daad. Wanprestatie en onrechtmatige daad zijn beide gronden van aansprakelijkheid en kunnen als zodanig met elkaar worden vergeleken: in hoeverre is er verschil tussen de ene aansprakelijkheidsgrond en de andere? Een discussie over het onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad heeft echter een ander karakter. Hier gaat het niet om een vergelijking van twee aansprakelijkheidsgronden maar om een vergelijking van twee bronnen van verbintenis waarbij andere – wezenlijker en moeilijker – vragen aan de orde komen. Ik maak in dit verband onderscheid tussen (1) de vraag naar het verschil tussen contract en onrechtmatige daad als rechtsfiguren, en (2) de vraag naar de grondslag van de juridische gebondenheid: wat rechtvaardigt de gebondenheid aan de verbintenis uit overeenkomst en wat rechtvaardigt de gebondenheid aan de verbintenis uit onrechtmatige daad?

Ad 1. *Contract en onrechtmatige daad als te onderscheiden rechtsfiguren.*

Wie het *rechtssysteem* tot uitgangspunt neemt kan waarnemen dat daarin contract en onrechtmatige daad van elkaar te onderscheiden rechtsfiguren zijn, ieder met hun eigen specifieke omschrijving en kenmerken. De wet geeft een omschrijving van een contract en een onrechtmatige daad, en in de rechtspraak en literatuur wordt daarvan uitgegaan, op voortgebouwd en voortgedacht. Op dit niveau – op het niveau van het rechtssysteem dus – zal een vergelijking tussen contract en onrechtmatige daad zich richten op een vergelijking van de specifieke kenmerken en op het behandelen van verschillen en overeenkomsten. Een in het oog springend verschil is dan uiteraard dat er in het systeem een gebied (het rechtshandelingenrecht c.q. het overeenkomstenrecht) is aan te wijzen waarin het onmiskenbaar van de beslissing van individuen afhangt of zij met elkaar een rechtsbetrekking zullen aangaan en er anderzijds een gebied is waarin rechtsbetrekkingen ontstaan onafhankelijk van de beslissingsvrijheid van de betrokken individuen.⁵⁵ De rechtsbetrekking ontstaat dan omdat er bijvoorbeeld sprake is van een onrechtmatige daad.

Wil men op dit systeemniveau het onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad ter discussie stellen dan zal men zich moeten richten op de – in het rechtssysteem besloten liggende – specifieke kenmerken en bijvoorbeeld moeten aantonen

⁵⁴ Bakels 1996, p. 45.

⁵⁵ Vgl. Van Schilfgaarde 1976 (2000), p. 92-93.

dat er in het geheel geen gebied is aan te wijzen waarin het van de beslissingsvrijheid van individuen afhangt of er een rechtsbetrekking is. Dit lijkt mij een onmogelijke opgave.⁵⁶ De partij-autonomie speelt in het systeem onmiskenbaar een belangrijke rol. In een bepaling als art. 3:33 wordt erkend dat een rechtssubject het in zijn macht heeft een rechtsbetrekking te doen ontstaan. De partij-autonomie is aldus, zoals Nieskens-Ispording het uitdrukt:

“de motor die de rechtshandeling in werking stelt”⁵⁷

Een andere mogelijkheid is hier natuurlijk om de aanval te openen op het systeem en stellen dat het ten onrechte is dat daarin een gebied is aan te wijzen waarin de keuzevrijheid van individuen om al dan niet een rechtsbetrekking aan te gaan gerespecteerd en gesanctioneerd wordt. Ik meen dat ook dit een strijdtocht is die tot mislukken is gedoemd en dat dit maar goed is ook. Als het contract niet bestond zou het vandaag nog uitgevonden moeten worden. Het contract vervult een belangrijke functie, niet alleen in dienst van het ruilverkeer in enge zin⁵⁸, maar ook als middel tot zelfverwerkelijking op het gehele terrein van het maatschappelijke leven.⁵⁹

Contract en onrechtmatige daad zijn mijns inziens dan ook van elkaar te onderscheiden rechtsfiguren, ieder met hun eigen kenmerken. Het meest in het oog springend kenmerk van het contract is dat de wil van de partijen aan de *basis staat* van het ontstaan van de verbintenissen uit contract. Dat contract en onrechtmatige daad op dit niveau van elkaar kunnen worden onderscheiden houdt echter niet in dat in het recht geen rechtsfiguren kunnen ontstaan die op een contract lijken. Er zijn overgangsfiguren, tussenvormen waarneembaar die op een contract lijken en ook in zeker opzicht de functie van een contract vervullen, ook al is geen sprake van een wilsverklaring van de betrokken partijen. Een voorbeeld is de feitelijke samenwerking in het arrest *Mooijman-Netjes* en andere niet door een contract geschaagde samenwerkingsverhoudingen zoals die tussen Jans, Fiat en de verkoper van de auto. Deze *tussenfiguren* kenmerken zich hierdoor dat zij erg op een contract lijken: er is een contactverhouding, een betrokkenheidsverhouding ontstaan die, evenals een contract, normen schept voor de toekomst.⁶⁰ Problemen met de dogmatische inbedding van deze tussenfiguren bestaan in ons recht niet. Zij kunnen meestal gemakkelijk in het onrechtmatige daadsrecht worden ondergebracht en voor het overige wijst het arrest *Quint-Te Poel* de weg: het aanvaarden van een ver-

⁵⁶ Van Schilfgaarde 1976 (2000) noemt dit als belangrijkste kritiekpunt op de opvattingen van Van Dunné, die in zijn proefschrift (Van Dunné 1971) de wilsleer uit ons recht wil verbannen. Van Schilfgaarde uit als mijns inziens terechte kritiek dat Van Dunné hier niet goed onderscheid maakt tussen de kwestie of de wil rechtssystematisch gezien een rol speelt in het recht en de kwestie of de verbindende kracht van de rechtshandeling gelegen is in de wil van de betrokkenen. De eerste vraag raakt aan het positiefrechtelijke begrippensysteem. De tweede vraag is voor een belangrijk deel leerstellig en filosofisch van aard.

⁵⁷ Nieskens-Ispording 1991, p. 30.

⁵⁸ Zie over het contract als instrument in dienst van het ruilverkeer, Nieskens-Ispording 1991, p. 26.

⁵⁹ Zie voor de betekenis van het contract op het gebied van zorg, geneeskundige behandeling en onderwijs Van Schaaijk 2001, p. 147-158.

⁶⁰ Zie hierover Du Perron 1999, p. 24-34.

bintenis moet passen in het stelsel van de wet en aansluiten bij de in de wet geregelde gevallen. Significat in dit verband is dat bij de tussenfiguren vaak een mix van argumenten wordt gebruikt die deels te herleiden zijn tot het overeenkomstenrecht in enge zin (wanneer is er een overeenkomst?) en deels ontleend zijn aan het aansprakelijkheidsrecht (moet dit gedrag worden toegerekend?). Zo kan binding aan een overeenkomst worden aangenomen op basis van toerekeningsfactoren (vgl. hiervoor het arrest *Felix-Aruba*)⁶¹ en kan aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad worden aangenomen op grond van argumenten die sterk doen denken aan de eisen voor de totstandkoming van een geldige rechtshandeling. Een voorbeeld hiervan is het arrest *NBM-Securicor* (HR 18 november 1994, NJ 1995, 170). In dit arrest sanctioneerde de Hoge Raad het oordeel van het Hof dat het door een moedermaatschappij wekken en vervolgens niet honoreren van het vertrouwen dat een rekening van een dochteronderneming betaald zou worden een onrechtmatige daad opleverde van de moeder ten opzichte van de wederpartij van de dochter. In dit arrest is op grondslag van de vertrouwensbescherming van art. 3:35, aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad aangenomen. Een criterium voor gebondenheid aan de overeenkomst wordt eenvoudig omgebogen tot een criterium voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.⁶²

De erkenning van deze tussenfiguren brengt intussen niet mee dat het onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad *verdwijnt*. Het onderscheid is er en zal er ook blijven. Op een ander, veel wezenlijker niveau echter, groeien contract en onrechtmatige daad naar elkaar toe. Dit brengt mij op de tweede te onderscheiden vraag.

Ad2. *De grondslag van de juridische gebondenheid in en buiten contract.*

Hier is de vraag aan de orde wat uiteindelijk beslissend is voor de gebondenheid aan de verbintenis, ongeacht de bron.

Gangbaar is de benadering dat de uit een contract voortvloeiende verbintenissen in de eerste plaats berusten op de toestemming van betrokkenen en dat de aan de regeling van de onrechtmatige daad ten grondslag liggende verplichtingen berusten op het objectieve recht. Ik wil op deze plaats nog niet diep op deze discussie ingaan (zie hierna § 4) maar wel vaststellen dat naar mijn mening dit gangbare onderscheid het inzicht verhuult dat zowel de gebondenheid aan de overeenkomst als de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad wordt vastgesteld met het oog op de tussen partijen bestaande relatie, waarbij een beslissende betekenis toekomt aan de plicht van de partijen om rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Ik wil dit verduidelijken aan de hand van het arrest *Mooijman-Netjes*,⁶³ door mij hierboven gekwalificeerd als een geval van een overgangsvorm tussen contract en onrechtmatige daad. In deze zaak werd geen samenwerkingscontract aangeno-

⁶¹ HR 27 november 1992, NJ 1993, 287. Nieskens-Isphording 1993, p. 76 stelt naar aanleiding van dit arrest: "Hier kan het beginpunt liggen van een heel nieuw gebied van aansprakelijkheid tussen contract en onrechtmatige daad". Dit blijkt overigens nu in 2006 niet bewaarheid. Op het stuk van de vertegenwoordiging vaart de Hoge Raad een terughoudende koers ten aanzien van de toerekeningsleer. Zie *supra*, paragraaf 2.

⁶² Vgl. Bakels 1996, p. 46.

⁶³ HR 29 mei 1998, NJ 1999, 98, m.nt. JBMV (*Mooijman-Netjes*).

men tussen twee aannemers die samenwerkten bij de bouw van villa's. Wel werd een vordering op grond van onrechtmatige daad van aannemer Mooijman tegen aannemer Netjes toegewezen, omdat tussen Mooijman en Netjes sprake was van een feitelijke samenwerking, die onder meer hierdoor werd gekenmerkt dat Mooijman haar werkzaamheden tot aanbouw van serres aan door Netjes gebouwde villa's slechts kon verrichten indien Netjes haar bouwkundige aanpassingen deugdelijk zou uitvoeren. De Hoge Raad oordeelt:

“(...) een zodanige feitelijke samenwerking zal in beginsel meebrengen dat Netjes niet alleen jegens haar contractuele wederpartijen – de kopers van de woningen – maar ook op grond van hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens Mooijman gehouden is de aanpassingen deugdelijk uit te voeren, waaruit voortvloeit dat zij in geval van niet-nakoming van deze verplichting de door Mooijman dientengevolge geleden schade dient te vergoeden (...).”

De feitelijke samenwerking is de grondslag voor de op Netjes rustende verplichting haar werkzaamheden deugdelijk uit te voeren, waaruit voortvloeit dat Netjes in geval van niet-nakoming van deze plicht, de schade van Mooijman moet vergoeden. Smits merkt in dit verband naar aanleiding van het arrest op:

“Deze tussen Mooijman en Netjes totstandgekomen verbintenis (*tot betalen van schadevergoeding*, *MvL*) is door de Hoge Raad direct gekoppeld aan hun feitelijke samenwerking, maar op zichzelf *redengevend* (*cursivering van mij*, *MvL*) kan die niet zijn: nadere inbedding in het bestaande stelsel moet plaats hebben.”⁶⁴

Vanuit het perspectief van het systeem van het verbintenissenrecht heeft Smits hierin natuurlijk gelijk. Een verbintenis moet kunnen worden herleid tot een bron: eerst de bron dan de verbintenis. Toch is daarmee het laatste woord niet gezegd. Inbedding van de verbintenis had hier ook plaats kunnen vinden bij het contract. Cassatietechnisch stond hieraan slechts in de weg dat de vraag of er een overeenkomst tot stand is gekomen door de rechter in feitelijke aanleg al negatief was beantwoord en daartegen in cassatie, nu het om een feitelijke vraag ging, niet meer kon worden opgekomen. Uiteindelijk blijkt het er echter niet toe te doen of de samenwerking tussen de aannemers als een contract wordt bestempeld of wordt opgelost via de onrechtmatige daad. Het onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad heeft hier weinig belang. Het is de feitelijke samenwerking die verplichtingen schept.⁶⁵ Met deze constatering is echter nog geen theoretisch bevredigende verklaring gegeven voor het verschijnsel. Een antwoord dat luidt dat de te hanteren *maatstaf* bij de beoordeling van contractuele en buitencontractuele *aansprakelijkheid* en de rechtsgevolgen van wanprestatie en onrechtmatige daad in ons recht nu eenmaal niet veel verschillen, kan niet helemaal voldoen. Daarmee wordt immers nog niet verklaard waarom behalve een *contractuele samenwerking* (geschraagd door wils-overeenstemming, aanbod en aanvaarding etc.) ook een feitelijke samenwerking (geschraagd door een analyse van de feiten en omstandigheden van het geval) ver-

⁶⁴ Smits 2003, p. 67.

⁶⁵ Zie ook J.H.M. van Erp, noot onder het arrest *Mooijman-Netjes* BR 1999/440, alsmede Du Perron 1999, p. 24-30.

plichtingen schept die niet van contractuele verbintenissen zijn te onderscheiden. Hoe kan het dat op basis van zo verschillende uitgangspunten (*wil versus feit*) dezelfde resultaten worden bereikt? Naar mijn mening komt dat door de werkzaamheid van het concept van de zorgplicht, welk concept het onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad in belangrijke mate relativeert, *ook in zijn uitgangspunten*. Vanuit het perspectief van de zorgplicht vindt een toedeling van (rechts)plichten plaats op basis van de voorafgaande vaststelling dat een bepaalde sociale en/of economische relatie bestaat. Schending van deze zorgplicht leidt tot rechtsgevolgen, ongeacht de dogmatische inbedding in contract of onrechtmatige daad. Vanuit het perspectief van de zorgplicht is de feitelijke samenwerking dan *wel* redengevend voor het ontstaan van de verplichting van Netjes om de aanpassingen deugdelijk uit te voeren. Dat vervolgens een nadere inbedding moet plaatsvinden in het systeem van bronnen van verbintenissen is belangrijk, maar verschaft niet de ultieme reden voor de gebondenheid. Ik kom er op terug in § 4.3.

4 Derde invalshoek. Van dogmatiek naar grondslag.

4.1. Inleiding

Het verbintenissenrecht wordt vloeiender. De vraag of sprake is van schending van een rechtsplicht of van schending van een verbintenis wordt op nagenoeg identieke wijze wordt beantwoord (de schending van een zorgplicht) zoals ook de gevolgen van onrechtmatige daad en wanprestatie niet principieel verschillen. Leerstukken vloeien in elkaar over en ook de scheidslijn tussen contract en onrechtmatige daad is minder ondoordringbaar dan hij lijkt, omdat zich op het grensvlak vormen van samenwerking aandienen waarbij de contouren van contract en onrechtmatige daad vervagen. Het verbintenissenrecht verandert daardoor, echter niet in de zin dat het “uitwendige syteem”, het begrippensysteem verandert. In de volgende paragraaf wil ik nagaan waarin die veranderingen dan precies wel schuilen. Een van de veranderingen die ik al noemde, is de tendens tot contextualisering. Mede door het “open regel” karakter van het privaatrecht zijn de feiten meer dan ooit van belang geworden in de rechtsvinding. De rechtsnorm staat niet tevoren vast maar is

“eerst gegeven met de specifieke interactiesituatie waarin kan worden vastgesteld wat partijen van elkaar mochten verwachten, en dus wat het recht van hen mocht verwachten.”⁶⁶

Deze tendens tot contextualisering gaat hand in hand met een verschuivende betekenis van beginselen in het privaatrecht, beter nog: in de tendens tot contextualisering ligt deze verschuivende betekenis, deze herschikking, al besloten. Om een voorbeeld te noemen: wanneer de nadruk komt te liggen op de specifieke interactiesituatie tussen betrokkenen kan het niet anders dan dat de wil van partijen aan belang inboet bij het bepalen van de rechtsgevolgen van handelingen en gedragingen. En omgekeerd geldt: wanneer een verschuiving plaatsvindt van de eenzijdige nadruk op rechten en bevoegdheden naar aan afweging van de wederzijds ge-

⁶⁶ Loth 2002, p. 36, onder verwijzing naar Glastra van Loon 1980, p. 25-35.

rechtvaardigde belangen veronderstelt dat een contextuele benadering. Van welke zijde je het ook bekijkt, contextualisering en inhoudelijke veranderingen kunnen niet los van elkaar worden gezien. In het hiernavolgende concentreer ik mij op de beginselen. Ik begin mijn betoog met het autonomiebeginsel dat vanouds een van de belangrijkste pijlers is van het privaatrecht.

4.2. Het perspectief van het autonomiebeginsel.

Het autonomiebeginsel in het contractenrecht staat in nauwe verbinding met het begrip vrijheid.⁶⁷ In onze samenleving is ieder mens vrij om te denken en te doen wat hij wil, behoudens de door het recht te stellen grenzen. Isaiah Berlin heeft het vrijheidsbegrip voorzien van twee verschillende concepties⁶⁸, die beide hun weerspiegeling vinden in het privaatrecht. Allereerst omvat vrijheid *negatieve vrijheid*. Dit vrijheidsbegrip duidt op een handelingsruimte waarin individuen vrij zijn om te doen wat in hun vermogen ligt, zonder gestoord te worden door anderen of de staat. In privaatrechtelijke termen gaat het hier niet om freedom *of* contract maar om freedom *from* contract. Deze negatieve vrijheid is voor het privaatrecht essentieel. Niet alleen vormt zij een belangrijke voorwaarde voor de positieve vrijheid, maar ook als *waarde op zichzelf* kan zij moeilijk worden overschat. Het aspect van de negatieve vrijheid, toegespitst op privaatrechtelijke verhoudingen, maakt inzichtelijk dat er een privé-domein is waar anderen niet vrijelijk over kunnen beschikken. Het is burgers niet toegestaan anderen aan hun overeenkomsten te binden of anderen “zomaar” deelgenoot te maken van een zelf gekozen regeling. Het is dit beginsel van de negatieve vrijheid dat mijns inziens ten grondslag ligt aan het beginsel van de relativiteit van de overeenkomst, waarover meer in hoofdstuk 3. Het autonomiebeginsel in het privaatrecht vooronderstelt deze negatieve vrijheid, maar vloeit zelf voort uit het tweede door Berlin onderscheiden vrijheidsconcept: de *positieve vrijheid*. De positieve vrijheid omvat het recht op zelfontplooiing, het recht om zelf, zonder inmenging of druk van anderen, rechtsbetrekkingen aan te gaan en deel te nemen aan het maatschappelijke verkeer. Dit positieve recht op zelfbestemming wordt in het contractenrecht verankerd door middel van het autonomiebeginsel. Het autonomiebeginsel drukt uit dat iemand naar eigen keuze rechtsbetrekkingen kan aangaan en het drukt daarmee tevens uit – zo is de gedachte – dat als iemand gekozen heeft voor het aangaan van een rechtsbetrekking, hij dan ook gebonden is omdat hij dat wilde. Het autonomiebeginsel houdt aldus *wilsautonomie* in.

⁶⁷ Nieskens-Ispording 1991, p. 27 e.v. onderscheidt scherp tussen het beginsel van de contractsvrijheid en het autonomiebeginsel. De contractsvrijheid is sterk ingekrompen, het autonomiebeginsel is daarentegen nog steeds vitaal, zo betoogt zij. Ik meen dat dit zo niet kan worden gesteld. Contractsvrijheid en autonomie zijn beide vitaal. Men kan de contractsvrijheid niet ontkennen zonder daarmee de vrijheid als zodanig te ontkennen. Iets anders is dat de contractsvrijheid, zoals vrijheid in het algemeen gerelativeerd wordt met het oog op andere na te streven waarden. Precies hetzelfde geldt echter voor het autonomiebeginsel. Ook dit beginsel wordt gerelativeerd door andere waarden. Ik vind het dan ook niet vruchtbaar om de beginselen van contractsvrijheid en autonomie scherp van elkaar te onderscheiden. Het ligt in elkaars verlengde: het een is niet hoger dan het andere.

⁶⁸ Berlin 1958, opgenomen in Berlin 1969. Zie over de negatieve vrijheid ook Nieuwenhuis 1979, p. 53-54.

Het houdt in dat de rechtvaardiging van de contractuele gebondenheid *in elk geval mede berust op de wil van de contractspartijen om zich te binden*. Zo stelt Bydlinski:

“Privatautonomie (...) läßt sich danach definieren als *Möglichkeit*, durch Willensäußerungen (nicht allgemein durch Verhaltenssteuerung) auf die Entstehung von Rechtsfolgen entscheidenden Einfluß zu nehmen.”⁶⁹

Nieuwenhuis:

“de contractuele gebondenheid wordt mede gerechtvaardigd door de overweging dat zij berust op de toestemming van betrokkenen.”⁷⁰

En Nieskens-Isphording betoogt dat:

“in de aanwezigheid van een op rechtsgevolg gerichte wil, de binding gerechtvaardigd wordt uitsluitend op grond van die wil.”⁷¹

Aan het autonomiebeginsel wordt hier de betekenis toegekend van vrije wilsvorming bezien vanuit de handelende. Men is gebonden omdat men het wil. Deze visie op autonomie ligt ook aan art. 3:33 BW ten grondslag:

“Een rechtshandeling vereist een op rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard”

Art. 3:33 BW heeft aldus geredigeerd een zeer leerstellig karakter.⁷² De wetgever spreekt zich in de tekst onomwonden uit voor de wil van de handelende als het bindende element van de rechtshandeling. Treffend heeft Storme dit een vorm van “juridische openbaringstheologie”⁷³ genoemd. Weliswaar wordt in art. 3:35 het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij erkend als subsidiaire grondslag voor binding aan de rechtshandeling, maar dat neemt niet weg dat in de ogen van de wetgever de wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard de *eerste* rechtvaardiging vormt voor de gebondenheid aan de rechtshandeling. Ik kan mij in die rechtvaardiging niet vinden en schaar mij in dat opzicht dan ook achter degenen die niet de wil centraal stellen bij het bepalen van rechtsgevolgen van handelen. Ik kom daar zo meteen op terug.

Eerst moet echter worden vastgesteld dat de betekenis van het autonomiebeginsel in het privaatrecht niet is uitgeput met de “feitelijke wil” van partijen. Zo meent Storme dat de partijautonomie, “beter het zelfbeschikkingsbeginsel”, in het privaatrecht anders moet worden gezien.⁷⁴ Bij het zelfbeschikkingsbeginsel gaat het niet

⁶⁹ Bydlinski 1967, p. 117.

⁷⁰ Nieuwenhuis 1979, p. 6.

⁷¹ Nieskens-Isphording 1991, p. 27. Nieskens-Isphording ziet de wil echter slechts als de motor voor de rechtshandeling en niet als bepalend voor de rechtsgevolgen. Zie Nieskens-Isphording 1991, p. 29-30. “De wil (...) ‘schakelt in’, hij spreekt het Sesam Open u. Hierin, en in de meeste gevallen niet veel verder, verwezenlijkt zich heden ten dage de privatautonomie in het contractenrecht.” Cursivering van mij, MvL.

⁷² Zo reeds Van Schilfgaarde 1976 (2000), p. 96.

⁷³ Storme 1993, p. 121.

⁷⁴ Storme 1990, p. 68-69 en Storme 1993, p. 124-126.

zozeer om wat partijen feitelijk gewild hebben maar om de eis dat men in zijn handelen voldoende rekening houdt met – eerbied vertoont voor – *het zelfbeschikkingsrecht van de wederpartij*. Zo moet bij het leerstuk van de dwaling niet de gebrekkige wilsvorming van de dwalende centraal staan, maar de vraag of de wederpartij van de dwalende het zelfbeschikkingsrecht van de dwalende wel voldoende heeft geëerbiedigd. Die eis van eerbiediging van het zelfbeschikkingsrecht van de ander komt onder meer tot uitdrukking in de ontwikkeling van een leerstuk van onderzoeks- en informatieplichten. Ook Nieuwenhuis heeft nadrukkelijk aandacht gevraagd voor *de autonomie en de contractsvrijheid van de wederpartij*. Hij interpreteert de eis om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij namelijk aldus dat degene die een ander foutief informeert en daarmee tot het aangaan van een overeenkomst beweegt, inbreuk maakt op de autonomie van de ander. Het respecteren van de autonomie en de vrijheid van de ander vormen hier *de grens van het voorrang mogen geven aan het eigen belang*.

“Wie een ander beweegt tot het sluiten van een overeenkomst, wetend dat de ander dwaalt, berooft hem van zijn vrijheid”⁷⁵

Deze visie op het autonomiebeginsel, oog hebben voor de rechtspositie van de ander schept in elk geval meer ruimte dan de eenzijdige nadruk op de eigen vrijheid, de eigen autonomie. Autonomie betekent hier dat men slechts autonoom kan zijn voor zover dit verenigbaar is met de autonomie van de ander. Maar dan nog meen ik dat het verbintenissenrecht niet alleen kan worden beschreven in termen van vrijheid en autonomie, ook niet als men daarbij uitdrukkelijk de vrijheid en de autonomie van de ander betreft. Autonomie in de zin van vrije wilsvorming, van volkomen *zelfbepaling* en *zelfbeschikking* geeft naar mijn mening te zeer uitdrukking aan een atomistisch mensbeeld. Autonomie is dan de autonomie van *de enkeling* waarbij het individu en zijn vrije wilsvorming als te onafhankelijk van de omgeving worden voorgesteld. Dit atomistische autonomiebegrip opgevat in de beperkte betekenis van vrije wilsvorming ligt naar mijn mening niet ten grondslag aan het hedendaagse privaatrecht en kan dan ook niet een rechtvaardiging op zichzelf vormen voor juridische gebondenheid. Het autonomiebeginsel kan niet los van de verhouding tot anderen worden gedacht, kan, met andere woorden, niet los worden gezien van de *specifieke interactiesituatie* waarin men zich bevindt. En juist die specifieke interactiesituatie staat naar mijn mening centraal in het hedendaagse privaatrecht, of het nu gaat om contractuele, precontractuele of buitencontractuele verhoudingen. Wanneer men aldus het accent legt op de relatie tussen de partijen wordt naar mijn mening inzichtelijk waarom het autonomiebeginsel in zijn diverse schakeringen naar mijn mening wél van vitale betekenis is in het privaatrecht, maar het autonomiebeginsel in de zin van de wilsautonomie toch niet dé (eerste) rechtvaardiging kan zijn voor de contractuele gebondenheid.

Ter vermijding van misverstand. Met mijn betoog wil ik niet suggereren dat in het Nederlandse recht vandaag de dag *de wilsleer* nog wordt aangehangen. Dat is namelijk niet waar. Heersende opvatting is dat de gebondenheid aan de overeenkomst wordt verklaard en gerechtvaardigd door een fijn samenspel van wil, verklaring en vertrouwen waardoor het leerstuk van de gebondenheid aan de overeenkomst,

⁷⁵ Nieuwenhuis 1999, p. 32.

evenals andere leerstukken van het verbintenissenrecht gekenmerkt wordt door een genuanceerde benadering, waarin allerlei gezichtspunten een rol spelen. Het contextualisme heeft ook het vraagstuk van de gebondenheid aan de overeenkomst niet onberoerd gelaten. Strijd ik dan tegen windmolens met mijn kritiek op het autonomiebeginsel? Ik meen van niet. Ondanks alle nuances die het recht biedt, geldt nog steeds het autonomiebeginsel als het uitgangspunt bij het denken over de contractuele gebondenheid. Voorop staat het zelfbeschikkingsrecht. Mijn stelling is nu dat dit zelfbeschikkingsrecht als uitgangspunt te beperkt is om de gebondenheid aan de overeenkomst te verklaren en te rechtvaardigen. Er is een ander perspectief.

4.3. Van autonomie naar zorgplicht als leidend beginsel?

Dit perspectief is geschetst door Vranken. Hij heeft afstand genomen van het autonomiebeginsel als grondslag voor de gebondenheid aan overeenkomsten.⁷⁶ Partijautonomie is voorwaarde voor het kunnen dragen van rechten en plichten, maar de gebondenheid aan overeenkomsten steunt niet “zeker niet in de eerste plaats op de partijautonomie”. Vranken betoogt dat of en hoe gebondenheid aan een overeenkomst bestaat en of en hoe gebondenheid of aansprakelijkheid jegens derden bestaat, bepaald wordt door het recht. Men is gebonden c.q. aansprakelijk voor zover – Vranken wijst hier naar een citaat van Moltzmaker – het *rechtens* is om gebonden te zijn.⁷⁷ Het vaststellen van wat rechtens is, is vervolgens – aldus nog steeds Vranken – het resultaat van een kwalificatieproces waarin niet-normatieve feiten in een normatieve beslissing worden omgezet en waarin steeds wisselende gezichtspunten en factoren van belang zijn. De benadering van Vranken heeft overigens mijns inziens wel een harde “normatieve” kern. Hij stelt dat de kern van het huidige contractenrecht is de gehoudenheid rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij en hetzelfde geldt zijns inziens de verhouding tot derden. Uitgaande van deze kern heeft het kwalificatieproces over wat rechtens is natuurlijk al wel een bepaalde ‘kleur’. In elk geval, of het nu partijen of derden betreft, dwingt het tot een onderzoek naar de omvang van de zorgplicht. Het volstaat niet vooral te kijken naar de rechtspositie, de autonomie, de vrijheid en de belangen van de handelende persoon, maar vooral ook zal gekeken moeten worden naar de belangen van de ander. Hoe zit het met zijn rechtspositie, met zijn vrijheid, met zijn autonomie, met zijn belangen? De rechtsposities zullen altijd in hun onderlinge verband moeten worden gezien. Mijns inziens verwijst het beginsel dat men onder omstandigheden rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij of van derden rechtstreeks naar een bepaalde opvatting over de werkzaamheid van het recht. In het – door Vranken zo benadrukte – kwalificatieproces (de rechtsvinding) is het recht werkzaam en het is uiteindelijk die werkzaamheid (dat ‘richtingsgevoel’) van het recht die mijns inziens de gebondenheid aan de overeenkomst en de gebondenheid jegens derden kan rechtvaardigen. Ten aanzien van juist dit karakter van de werkzaamheid van het recht zijn in ons land belangrijke rechtstheoretische inzichten ontwikkeld door R. Foqué en A.C. ’t Hart.⁷⁸ Ik

⁷⁶ Vranken 2000, p. 145-155.

⁷⁷ Vranken 2000, p. 151.

⁷⁸ R. Foqué en A.C. ’t Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming: grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen 1990. Hoewel het boek in de sleutel staat van het

sluit mij aan bij wat ik zie als het *kernpunt* van hun betoog ten aanzien van 'het rechtskarakter van het recht'. Dit kernpunt is het inzicht dat het rechtskarakter van het recht wordt bepaald door de fundamentele gerichtheid van het recht op vormen van intersubjectiviteit, op samenleven.⁷⁹

De fundamentele gerichtheid van recht op intersubjectiviteit ("recht is pas recht wanneer het op interactie is gericht")⁸⁰ maakt dat het recht om als recht *werkzaam* te zijn uitdrukking moet geven aan de *relationele grondstructuur* van maatschappelijke verhoudingen en deze grondstructuur ook verder moet uitwerken:⁸¹ ook op het niveau van de contractuele gebondenheid en de verhouding tot derden, zo meen ik. Deze intrinsieke gerichtheid van het recht op "intersubjectiviteit als niet meer op te splitsen minimum van samenleven"⁸² brengt mee dat de rechtvaardiging van de contractuele gebondenheid niet kan worden gevonden in bijvoorbeeld het autonomiebeginsel alleen. Ook bij de vraag of een contractspartij verplichtingen heeft jegens derden kan niet strikt worden geredeneerd vanuit de beslotenheid van de overeenkomst. Het autonomiebeginsel⁸³ zal altijd in relatie moeten worden gedacht tot beginselen en gezichtspunten die aan de relationele grondstructuur van de contractuele of buitencontractuele verhouding gestalte en reliëf geven. Het zorgplichtbeginsel is zo'n beginsel bij uitstek.⁸⁴ Het drukt uit dat contractspartijen en derden "niet alleen op de wereld" zijn, maar dat ze rekening met elkaar moeten houden, dat ze moeten samenwerken⁸⁵, aandacht moeten hebben voor de rechtspositie van de ander,⁸⁶ elkaar niet op het verkeerde been moeten zetten⁸⁷ en zo meer.

Voor alle duidelijkheid: in mijn opvatting is de plicht om rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen niet (althans zeker niet in de eerste plaats) een plicht met een ethisch-normatieve of sociaal-politieke dimensie. Het gaat niet om vrijheid of bescherming, autonomie of solidariteit, eigen verantwoordelijkheid of paternalisme. De abstracte zorgplicht geeft in mijn opvatting uitdrukking aan een rechtstheoretische positie waarin het recht bijna niet anders gedacht kan worden dan als uitdrukking gevend aan intersubjectiviteit, aan de relationele grondstructuur van maatschappelijke verhoudingen.

Natuurlijk ben ik met deze stellingname niet vrij van ethische "postulaten". Zo heb ik me, bij de voorbereiding van dit proefschrift verdiept in de tegenstelling tussen twee *ethische* stromingen: de ethiek van de rechtvaardigheid en de ethiek van de zorg (ethics of justice vs.

strafrecht blijft de betekenis ervan niet tot dit rechtsgebied beperkt, omdat de auteurs diepgaand ingaan op de rechtstheoretische grondslagen van het rechtsbegrip in het algemeen. Op het werk van Foqué en 't Hart is voor wat betreft het belastingrecht voortgebouwd door J.L.M. Gribnau, *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht*: rechtstheoretische beschouwingen over navordering, toezegging en fiscale vaststellingsovereenkomst, Rotterdam/Deventer 1998.

⁷⁹ Foqué/'t Hart 1990, p. 119, p. 128.

⁸⁰ Aldus de weergave van het rechtsbegrip van Fuller door Foqué en 't Hart 1990 op p. 118.

⁸¹ Foqué/'t Hart 1990, p. 129.

⁸² Foqué/'t Hart 1990, p. 120.

⁸³ Maar dit geldt ook voor andere gezichtspunten zoals het opgewekt vertrouwen. Zie over het vertrouwen nog hierna Hoofdstuk 6, § 2.

⁸⁴ Vgl. Gribnau 1998, p. 127.

⁸⁵ Zie Hesselink 1999, p. 238-248, met verdere verwijzingen. Zie ook Vranken 1997a, p. 22-23.

⁸⁶ Van Schilfgaarde 2001, p. 21-27, p. 26.

⁸⁷ Schoordijk 1991, p. 16.

ethics of care). De basis voor de stroming van de “ethics of care” is gelegd door de feministische wetenschapper en psychologe Carol Gilligan in haar boek *‘In a Different Voice’*.⁸⁸ Zij heeft de zorgethiek geplaatst tegenover de dominante stroming van de rechtvaardigheidsethiek. Aan de rechtvaardigheidsethiek ligt een andere conceptie van het persoonsbegrip (“the self”) ten grondslag dan aan de zorgethiek.⁸⁹ De rechtvaardigheidsethiek gaat uit van de *persoon als ongebonden zelf* en ziet de primaire rechtvaardiging voor het ontstaan van verplichtingen dan ook in de toestemming van dit “ongebonden zelf”. De nadruk ligt hier op de vrije keuze en de wil van mensen als grondslag voor het ontstaan van verplichtingen. In de zorgethiek wordt uitgegaan van een ander persoonsbegrip. Hier gaat men niet uit van het “ongebonden zelf” maar vertrekt men vanuit de aanname dat *het persoonsbegrip van de aanvang af gekenmerkt wordt door verbondenheid met anderen*. Neemt men deze verbondenheid tot uitgangspunt dan staat eerder de verplichting ten opzichte van de ander centraal dan de eigen vrije wil om zich te binden. De rechtvaardigheidsethiek kenmerkt zich zo door het centrale belang dat gehecht wordt aan autonomie, zelfbepaling en vrijheid, terwijl in de zorgethiek juist een centraal belang gehecht wordt aan de wederzijdse afhankelijkheid van mensen en hun betrokkenheid en zorg voor elkaar. Ervan uitgaande dat zowel de verbondenheid met anderen als de individuele autonomie belangrijke waarden zijn, zijn in de wetenschap pogingen ondernomen om het belang van de autonomie te verzoenen met het belang van de intrinsieke verbondenheid tussen mensen. Zo heeft Loenen⁹⁰ gepleit voor een integratie van de rechtvaardigheidsethiek en de zorgethiek. In het bijzonder kan de zorgethiek de rechtvaardigheidsethiek aanvullen en corrigeren.

“Inzet is een beter, rechtvaardiger recht. Zo is het van belang om de problematiek van de grenzen van de juridische verantwoordelijkheid opnieuw te doordenken vanuit een zorgethische invalshoek. Waar Nieuwenhuis bijvoorbeeld stelt dat de kern van het privaatrecht wordt gevormd door de vrijheid om aan het eigen belang voorrang te verlenen, en dat men dus het belang van de ander niet op een lijn hoeft te zetten met het eigen belang, zijn daaruit vanuit een zorgethische invalshoek de nodige vraagtekens bij te zetten. Althans zou dat telkens, afhankelijk van de aard van de relatie en de gevolgen die het eigen handelen op de ander heeft, bepaald moeten worden.”⁹¹

Ik vind, met Loenen, dat de zorgethiek een waardevolle aanvulling kan vormen op de rechtvaardigheidsethiek, en bovendien meen ik dat deze “zorgethische” benadering niet vreemd is aan het hedendaagse privaatrecht. Als Nieuwenhuis stelt dat de kern van het huidige privaatrecht wordt gevormd door “de vrijheid van het individu om aan het eigen belang de voorrang te verlenen, althans voor zover dit gepaard gaat met geoorloofde middelen”, stel ik daar tegenover dat deze vrijheid in het huidige privaatrecht begrensd wordt door de *verantwoordelijkheid* (zorgplicht) rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de anderen. Deze verantwoordelijkheid *kan* verder reiken dan slechts het verbod op ongeoorloofde middelen. De verantwoordelijkheid ziet namelijk op het gebod dat men moet handelen in overeenstemming met de “redelijkheid en billijkheid”, waarbij de grenzen van wat de redelijkheid en billijkheid eisen niet tevoren vaststaan (“ongeoorloofde middelen”), maar afhankelijk zijn van feiten, uitspraken en handelingen in de context waarbinnen deze zich voordoen. Een voorbeeld waarin het verschil in benadering tot uitdrukking

⁸⁸ Gilligan 1982.

⁸⁹ Clement 1996, p. 13.

⁹⁰ Loenen 1998.

⁹¹ Loenen 1998, p. 25. Loenen verwijst hier naar het Nieuwenhuis 1997, p. 18.

komt betreft het geval van het doen van onjuiste mededelingen in de precontractuele fase. Vanuit het perspectief van autonomie en contractsvrijheid (de rechtvaardigheidsethiek) is hier de dwaling de juiste categorie om de gevolgen van de onjuiste mededeling te corrigeren. Degene die een contract aangaat moet er op toezien dat ook aan de zijde van de wederpartij sprake is van contractsvrijheid. Doet hij dat niet dan komt aan de ander een beroep op dwaling toe omdat zijn keuzevrijheid is uitgeschakeld door de onjuiste mededeling. De Hoge Raad redeneerde vanuit dit perspectief in het arrest *Paalman-Lampenier*. De onjuist voorgelichte franchisenemer werd in de richting van de dwaling geloodst. Vanuit een zorgethisch perspectief is hier een andere benadering mogelijk. De nadruk ligt dan niet op het aan de ander ontnemen van diens autonomie en contractsvrijheid, maar op de te nemen verantwoordelijkheid voor de gevolgen van de onjuiste verklaring.

De sleutel tot – en daarmee de primaire inhoudelijke rechtvaardiging voor – de aanvaarding van zorgplichten ligt in de relatie tussen de betrokken rechtssubjecten en deze relatie is uit de aard der zaak twee- of meerzijdig van aard. Het bestaan van de relatie rechtvaardigt dat de rechten en bevoegdheden van alle betrokkenen op elkaar worden betrokken, omwille van de relatie waar men zich in bevindt.

5 Slot en vooruitblik.

Uit het voorgaande is gebleken dat het verbintenissenrecht in allerlei opzichten vloeier is geworden. Dit veranderde karakter bestaat niet zozeer in veranderingen op begripsmatig niveau. Contract en onrechtmatige daad, verbintenis en rechtsplicht kunnen zonder bezwaar van elkaar worden onderscheiden. Eveneens kan erkend worden dat een verbintenis slechts kan ontstaan uit de bestaande bronnen of in situaties waarin aanvaarding van een verbintenis past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen. De ontwikkeling naar een vloeier verbintenissenrecht doet zich dan ook voelen op een ander dan begripsmatig niveau. De belangrijkste ontwikkeling is wel geweest dat de feiten, door contextualisering van rechtsnorm en rechtsvinding meer dan ooit het recht hebben kunnen “binnenstromen”. De contextualisering van rechtsnorm en rechtsvinding gepaard gaande met een inhoudelijke verschuiving van partijautonomie naar zorg voor elkaars gerechtvaardigde belangen vormen de kern van de huidige rechtsontwikkeling, ook al zijn vanzelfsprekend tegenkrachten werkzaam. Het is tegen deze achtergrond dat ik, zoals in hoofdstuk 1 al gezegd, in de volgende hoofdstukken het fenomeen van samenhangende rechtsverhoudingen beschouw.

De relativiteit van de overeenkomst. Het contract als eiland.

1 Inleiding

Het veranderende verbintenissenrecht maakt het mijns inziens mogelijk om feitelijk-economisch samenhangende verhoudingen anders te benaderen dan tot nu het meest gangbaar is, namelijk als een vraagstuk dat vooral betrekking heeft op de werking van overeenkomsten ten aanzien van derden. Als de zorg voor elkaars gerechtvaardigde belangen centraal staat, die moet worden afgeleid uit de feitelijke relatie tussen de betrokkenen, waarbij het onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad niet maatgevend is voor de rechtsgevolgen, dan moeten dit ook de aspecten zijn die centraal staan bij het toekennen van rechtsgevolgen aan feitelijk-economisch samenhangende (rechts)verhoudingen. Het contract is geen eiland, maar maakt deel uit van een netwerk van rechtsbetrekkingen waarbij ook anderen betrokken zijn.¹ Dit rechtvaardigt het naar mijn mening om wanneer rechtsbetrekkingen of rechtsposities in een meerpartijenverhouding feitelijk met elkaar samenhangen, van meet af aan deze samenhang tot uitgangspunt van de beoordeling te nemen en niet te redeneren vanuit het perspectief van de derdenwerking van een overeenkomst, waarbij één bepaald contract in de samenhangende rechtsverhouding tot uitgangspunt wordt genomen, om vervolgens te extrapoleren naar een eventuele zorgplicht jegens een derde. In het hiernavolgende zet ik uiteen dat het relativiteitsbeginsel daarbij geen obstakel kan vormen.

2 Het relativiteitsbeginsel.

Het relativiteitsbeginsel dat in het Oude Burgerlijk Wetboek was neergelegd in art. 1376 is in het huidige BW niet gecodificeerd.² Dit neemt echter niet weg dat het beginsel ook aan dit huidige BW ten grondslag ligt en wel in zijn meest zuivere vorm: de verbintenisscheppende kracht van de overeenkomst blijft beperkt tot de partijen bij de overeenkomst.³ Het contract is slechts bron van verbintenissen voor partijen, niet voor derden.

Het relativiteitsbeginsel heeft de kracht van het vanzelfsprekende en het overzichtelijke. In onze maatschappij is het vanzelfsprekend dat contractanten het niet in hun macht mogen hebben om derden aan hun overeenkomst te binden en omgekeerd. Hier is vooral een aspect van de negatieve vrijheid van partijen en derden in

¹ Vgl. Linssen 1995, p. 1265, die constateert dat het overeenkomstenrecht doorgaans op bilaterale rechtsbetrekkingen is afgestemd, wat geen recht doet aan de maatschappelijke werkelijkheid van structurele betrokkenheid van derden bij overeenkomsten. Zie over vormen van structurele betrokkenheid van derden bij overeenkomsten ook Vranken 2002.

² Het beginsel is niet gecodificeerd omdat onder het oude recht in rechtspraak en doctrine uitzonderingen werden aanvaard en de wetgever verdere ontwikkelingen op dit punt niet wilde afsnijden. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 917.

³ Vgl. art. 6:213 en 6:248 BW.

het geding.⁴ Het recht om gevrijwaard te blijven van de bemoeienis van anderen. Overzichtelijk is het ook. Als belangen van derden steeds een rol zouden kunnen spelen bij de afwikkeling van een overeenkomst leidt dat al snel tot onoverzienbare risico's en kan het contractuele evenwicht verstoord worden.

Dit vanzelfsprekende en overzichtelijke relativiteitsbeginsel moet echter concurreren met andere beginselen, meer in het bijzonder met de maatschappelijke zorgvuldigheid en de redelijkheid en billijkheid. Vooruitziend is dit door Cahen verwoord.

“In de laatste vijftig jaar is de betekenis van art. 1374 lid 3⁵ sterk toegenomen. Het beginsel geldt niet alleen bij de uitvoering van de overeenkomst, maar schrijft ook gedrag voor in pre- en buitencontractuele verhoudingen. In die ontwikkelingen past het veel meer uitleg en werking van de overeenkomst met elkaar te verbinden dan ze als gescheiden aangelegenheden op te vatten. Het uitgangspunt moet blijven dat de overeenkomst alleen geldt tussen partijen en dat zij op grond van art. 1376 ook niet anders mogen bepalen. Doorwerking op grond van de goede trouw laat dit wettelijk gegeven onverlet en komt tegelijkertijd tegemoet aan de realiteit dat de betekenis van een overeenkomst vaak eerst in ruimer verband geplaatst tot zijn recht komt”.⁶

Klip en klaar stelt Cahen dat de gebondenheid van partijen en derden niet berust op de *wil* van de betrokkenen maar op de normen van redelijkheid en billijkheid. Voor de *partijen* bij de overeenkomst geldt dit vanzelfsprekend:

“Wanneer x in een overeenkomst a-b als contractueel betrokken derde wordt aangewezen, is dat iets wat inderdaad aan partijen kan worden opgelegd. Tot hen is het voorschrift van art. 1374 lid 3 immers gericht”.⁷

En voor de *positie van de contractueel betrokken derde* geldt:

“(…) dat het krachtveld van de overeenkomst kan worden uitgebreid buiten het strikte partijterrein en dat onafhankelijk van de bereidheid van degeen die als contractueel betrokken derde wordt aangewezen, om met die hoedanigheid in te stemmen. Ze komt buiten hem tot stand, echter niet zomaar geredeneerd vanuit de overeenkomst a-b alleen. Het gebeurt door uitleg van die overeenkomst in samenhang met de contractuele relatie in welke x tot een der contractspartijen staat. Dat moet ook voldoende waarborg zijn om x onafhankelijk van zijn instemming een zodanige positie toe te wijzen”.⁸

Cahen ontwikkelde zijn theorie van de contractueel betrokken derde vooral met het oog op de problematiek van de derdenwerking van exoneratiebedingen en met

⁴ Vgl. Berlin 1958, opgenomen in Berlin 1969.

⁵ Art. 1374 lid 3 OBW bepaalde: ‘Zij (overeenkomsten, MvL) moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gebracht’.

⁶ Cahen 1979, p. 647. De basis voor zijn theorie van de contractueel betrokken derde legde Cahen al in 1965. Zie voor een weergave van de ontwikkeling in Cahen's denken: Du Perron 1997.

⁷ Cahen 1979, p. 647.

⁸ Cahen 1979, p. 647.

het oog op de zogenaamde Drittschadensliquidation (thans geregeld in art. 7:419). Zijn analyse heeft echter een bredere strekking gekregen dan Cahen wellicht toen beoogde. Zijn analyse van de verhouding tussen contracten en derden kan thans op een stevig fundament van redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke zorgvuldigheid bogen⁹, waarbij Cahen voor het toekennen van een positie aan een derde binnen “het krachtveld van de overeenkomst” de mijns inziens uiterst aantrekkelijke benadering kiest van *uitleg* van het contract A-B in *verband met* (uitleg van) de contractuele relatie van X tot een der contractspartijen.¹⁰

Dat Cahen in het relativiteitsbeginsel geen groot obstakel zag voor de erkenning van de figuur van de contractueel betrokken derde vloeit mijns inziens voort uit zijn interpretatie van art. 1376 OBW. Cahen legt de nadruk op, zoals hij het noemt, *het bevoegdheidsbeperkende* karakter van dit artikel.

“Door (...) de bevoegdheid van partijen te beperken belet art. 1376 hun om de invloedssfeer van de overeenkomst naar eigen wil en inzicht vast te stellen. Dus staat het ook buiten iedere twijfel dat partijen niet zelf een derde als contractueel betrokken derde in hun overeenkomst kunnen aanwijzen. Intentionele doorwerking wordt door art. 1376 verboden.”¹¹

Cahen legt hier het accent op de *negatieve vrijheid* van contractanten en derden: doorwerking kan niet door *de enkele wil* van de andere betrokkenen worden opgelegd. Maar de belangrijke waarde dat men het *niet in zijn macht* mag hebben anderen aan zijn overeenkomst te binden, of zich een plaatsje te veroveren in het contract, staat er, aldus Cahen niet aan in de weg (getuige de citaten hierboven betreffende art. 1374 lid 3 OBW) dat men *tegen zijn wil* gebonden en betrokken kan worden. Krachtens de normen van het objectieve recht kunnen verplichtingen opgelegd worden aan contractanten en derden.

Behoudender dan de visie van Cahen is mijns inziens die van Du Perron, althans in zijn uitgangspunten. Anders dan Cahen benadert Du Perron het relativiteitsbeginsel vooral vanuit de *positieve vrijheid*. Hij legt het accent op de vrijheid om rechtsbetrekkingen aan te gaan, welke vrijheid dan erkenning vindt in art. 3:33 BW door aan de (geopenbaarde) wil rechtsgevolgen te verbinden. Het is deze wilsautonomie die aan de basis ligt van zijn beschouwingen over het relativiteitsbeginsel. Hij fundeert het relativiteitsbeginsel rechtstreeks in dit, aan art. 3:33 jo. art. 6:213 ten grondslag liggende autonomiebeginsel. Een overeenkomst geeft derden geen rechten omdat *partijen zich jegens hen niet hebben verbonden*. Zij legt op derden geen verplichtingen omdat *dezen daarin niet hebben toegestemd*.¹²

⁹ Zie Bakels 1996, p. 56, alsmede Du Perron 1999, p. 81-84.

¹⁰ Zie hierna hoofdstuk 4, paragraaf 4.

¹¹ Cahen 1979, p. 646. Cahen voegt er, met het oog op het toen nog toekomstige Nieuw BW aan toe (p. 646, nt. 29), dat het ontbreken van een bepaling als art 1376 oud BW “geen verandering brengt in het verbod tot intentionele doorwerking: *de uiegating nuimt alleen de twijfels op over de geoorloofdheid van doonverking krachtens goede trouw.*” (Cursivering van mij, MvL).

¹² Zie Du Perron 1999, p. 9 en p. 15.

Du Perron verbindt hieraan vervolgens de conclusie dat derdenwerking die berust op een autonome grondslag – dus op de instemming van de betrokken partij *en van de derde* – niet als een uitzondering op het relativiteitsbeginsel kan worden beschouwd omdat zij in overeenstemming is met de ratio van dit beginsel. Derdenwerking die berust op een autonome grondslag behoeft dan ook geen nadere rechtvaardiging, aldus Du Perron. Derdenwerking die berust op een heteronome grondslag (dat wil zeggen: op de normen van redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke zorgvuldigheid) kan men daarentegen wel als een uitzondering op het relativiteitsbeginsel beschouwen en behoeft daarom nadere rechtvaardiging.¹³ Op dit punt stemt de opvatting van Du Perron overeen met die van Kortmann. Ook deze laatste betoogt dat het relativiteitsbeginsel *ertoe strekt de autonomie van het rechts-subject te beschermen*.¹⁴ Als een derde een contractueel recht of verweermiddel aanvaardt, is er geen sprake van inbreuk op zijn autonomie en bestaat er geen spanning met het relativiteitsbeginsel. Kortmann wil dan ook slechts van inbreuk op het relativiteitsbeginsel spreken

“indien een overeenkomst verbintenissen doet ontstaan *buiten die derden om*.”¹⁵

Allereerst zou ik een kanttekening willen maken bij de opvatting dat derdenwerking die berust op een autonome grondslag geen uitzondering is op het relativiteitsbeginsel, omdat zij in overeenstemming zou zijn met de ratio daarvan. Ik vind deze benadering niet zuiver en nodeloos complicerend. Het relativiteitsbeginsel in het contractenrecht heeft altijd als perspectief de overeenkomst tussen partijen (A-B) en niet de relatie A (en/of B) –C. Het houdt niet meer in dan dat C in beginsel niet louter op grond van de overeenkomst A-B aan die overeenkomst kan worden gebonden (of daaraan rechten kan ontfangen). Ook als men aan neemt dat de gebondenheid van A (en/of B) ten opzichte van C (of omgekeerd) kan worden gerechtvaardigd door hetzij autonome hetzij heteronome factoren in de relatie A-C, dan verandert dat onderscheid niets aan het gegeven dat C in beide gevallen niet louter op grond van de overeenkomst tussen A en B gebonden wordt. Daarom komt het mij bepaald onzuiver voor om in het ene geval (derdenwerking op grond van heteronome normen) wel, en in het andere geval (derdenwerking op grond van autonome normen) niet van een uitzondering op het relativiteitsbeginsel te spreken. Het komt mij voor dat *de macht van het relativiteitsbeginsel* eenvoudigweg niet verder reikt (maar dat is ver genoeg) dan de constatering, dat een derde in beginsel *nooit* louter en alleen op grond van een overeenkomst tussen A en B aan die overeenkomst gebonden kan zijn: het door Cahen genoemde verbod tot intentionele doorwerking geldt onverkort. Ik deel dan ook niet het standpunt van Du Perron dat derdenwerking die berust op autonome grondslag geen nadere rechtvaardiging behoeft, en derdenwerking die berust op heteronome grondslag wel. Het aanvaarden van gebondenheid in welke vorm dan ook behoeft steeds rechtvaardiging en naar mijn mening is de rechtvaardiging van gebondenheid op grond van autonome normen niet op zichzelf waardevoller dan rechtvaardiging van gebondenheid op grond van heteronome normen. Als de Hoge Raad oordeelt dat

¹³ Du Perron 1999, p. 73.

¹⁴ Kortmann 1993, p. 140.

¹⁵ Kortmann 1993, p. 148.

banken een bijzondere zorgplicht hebben jegens de vermogensbelangen van (minderjarige) derden (in de terminologie van Du Perron een geval van binding op grond van heteronome normen: de eisen van maatschappelijke zorgvuldigheid) en dit oordeel fundeert in factoren als de maatschappelijke positie van banken, hun deskundigheid, de afhankelijke positie van de minderjarigen en de kenbaarheid van hun vermogensbelangen¹⁶, is dat een even sterke rechtvaardiging als wanneer men de aansprakelijkheid van een accountant in een bepaald geval fundeert in het gegeven dat de accountant ten opzichte van een bepaalde derde concreet vertrouwen heeft gewekt dat deze op het door hem opgestelde rapport mocht afgaan (in Du Perron's termen een geval van binding op grond van autonome normen: het opgewekte vertrouwen).

3 Evaluatie

Uit het voorafgaande volgt dat het vanzelfsprekende en overzichtelijke relativiteitsbeginsel geen aanpassing behoeft. Allereerst geldt dat dit beginsel niet in het geding is als een wanprestatie jegens een wederpartij tevens een onrechtmatige daad oplevert jegens een derde. Evenmin is het aan de orde als een derde aansprakelijk wordt gehouden jegens een van de contractspartijen op grond van onrechtmatige daad of op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Het beginsel van de relativiteit van de overeenkomst staat hier *volkomen buiten* omdat de aansprakelijkheid van of jegens de derde niet berust op het contract maar op een andere grond. Van concurrentie tussen het relativiteitsbeginsel en het beginsel van de zorgplicht is hier dan ook geen sprake.

Maar ook in gevallen waarin wél sprake is van een echte inbreuk op het relativiteitsbeginsel, waarin derden wél gebonden worden aan een contractueel beding of daaraan rechten kunnen ontleenen, meen ik dat deze 'derdenwerking' zich aan de macht van het relativiteitsbeginsel onttrekt. Het relativiteitsbeginsel staat er niet aan in de weg en kan er ook niet aan in de weg staan, dat tussen partijen en derden (en omgekeerd) *zelfstandige rechtsplichten* kunnen ontstaan. Essentieel daarbij is dat het ontstaan van deze rechtsplichten hun rechtvaardiging steeds moeten vinden in de verhouding tussen partij(en) en derden. Ik zou dan ook een *radicale en openlijke wisseling* van perspectief willen bepleiten. Niet het relativiteitsbeginsel (en daarmee de overeenkomst tussen A en B) dient centraal te staan, maar de verhouding tussen A (en/of B) en C.

Voor een *nieuwe interpretatie* van het relativiteitsbeginsel voel ik niets, evenmin als voor een benadering waarbij een derde bij nader inzien toch als partij bij de overeenkomst moet worden beschouwd.¹⁷ Een nieuwe interpretatie van het beginsel is in de Franse doctrine voorgesteld door Bacache-Gibeili.¹⁸ Bacache-Gibeili verwerpt het autonomiebeginsel als grondslag voor de gebondenheid aan de overeenkomst. De gebondenheid aan de overeenkomst berust niet op de wil van de betrokkenen maar op het objectieve recht: de overeenkomst heeft bindende kracht

¹⁶ HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 (MeesPierson- ten Bosch).

¹⁷ Vgl. Kortmann 1977, p. 73: "De vraag of een (schijnbaar) buitenstaander bij een overeenkomst al dan niet gebonden is aan aansprakelijkheidsbedingen in die overeenkomst blijkt bij nader inzien de vraag naar het partij-zijn van die buitenstaander te zijn."

¹⁸ Bacache-Gibeili 1996. Zie ook Ghestin-Jamin-Billiau 2001, p. 1212.

omdat het recht het wil.¹⁹ Dit brengt met zich mee dat ook het objectieve recht bepaalt wie partij zijn bij een overeenkomst en tot wie derhalve de overeenkomst zich uitstrekt.²⁰ Deze visie maakt het Bacache-Gibeili mogelijk om contractuele oplossingen voor te stellen in bepaalde typen samenhangende overeenkomsten.²¹ Voor het Nederlandse recht is een dergelijke benadering niet nodig. Weliswaar is de wil niet bepalend als rechtvaardiging voor de overeenkomst, maar het probleem wordt nu slechts, zonder dat tot merkbare verbeteringen leidt, verplaatst. Er moet nu niet bepaald worden wie wel of wie niet contractueel betrokken derde is maar wie partij is. Dat lijkt me helemaal niet nodig. Het volstaat mijns inziens te constateren dat het relativiteitsbeginsel geen obstakel vormt voor een verdere ontwikkeling van een leerstuk van samenhangende rechtsverhoudingen en dat het evenmin nodig is om vanuit de beslotenheid van een contract te redeneren om van daaruit te extrapoleren naar een zorgplicht jegens een derde. In een samenhangende rechtsverhouding is niet het contract A-B het uitgangspunt, maar de samenhang tussen de rechtsbetrekkingen. Een benadering vanuit het in beginsel beperktere perspectief van de werking van een overeenkomst ten opzichte van derden lijkt mij dan ook niet juist. In het volgende hoofdstuk ga ik in op de verschillende wijzen waarop samenhangende rechtsverhoudingen kunnen worden verankerd in het verbintenissenrecht.

¹⁹ Bacache-Gibeili 1996, p. 248-249, p. 252-253.

²⁰ Bacache-Gibeili 1996, p. 254 e.v., in het bijzonder p. 262-268.

²¹ Bacache-Gibeili 1996, p. 253-291.

Over feitelijk-economisch samenhangende verhoudingen en hun verankering in het verbintenissenrecht.

1 Inleiding

De inzet van dit hoofdstuk is om, tegen de achtergrond van het veranderende verbintenissenrecht, te beargumenteren op welke wijze feitelijk-economisch samenhangende verhoudingen verankerd kunnen worden in het recht. Het accent ligt hier op argumenteren. Zou ik als onderzoeksvraag kiezen wat de beste manier is om de betrokkenheid van derden te verankeren in het recht dan zou dat noodzakelijk tot externe criteria om te beoordelen of het ook werkelijk de beste manier is. Ik zou dan bijv. een efficiëntie criterium aan moeten leggen (leidt deze benadering tot de laagste maatschappelijke kosten?) of een min of meer algemeen rechtvaardigheids criterium. Voor deze benadering heb ik niet gekozen en ik zou het ook niet kunnen. Het volle accent ligt op argumenteren vanuit een intern-juridisch perspectief. In § 2 ga ik in op pogingen om samenhangende rechtsverhoudingen te conceptualiseren door middel van vertrouwde en nieuwe juridische begrippen, en in § 3 op pogingen om samenhangende rechtsverhoudingen op basis van kenmerken van deze rechtsverhoudingen in te delen (typologie). In § 4 kies ik vervolgens voor een andere benadering.

2 Juridische conceptualisering.

Als zich nieuwe, onbekende verschijnselen voordoen (neem bijv. het fenomeen domeinnamen en het fenomeen toezicht) worden door juristen onmiddellijk pogingen ondernomen deze verschijnselen hetzij in het bestaande juridische begripkader in te passen (zoals met *domeinnamen* is gebeurd) hetzij min of meer nieuwe begrippen te ontwikkelen (het fenomeen *afgeleide aansprakelijkheid* bij toezicht). Koopmans heeft dit – door velen, in allerlei toonaarden, beschreven – verschijnsel ‘de neiging tot het juridisch conceptualiseren van feiten’¹ genoemd.

“De feiten maken na hun voorvallen een doorlopend proces van juridische conceptualisering door, dat vrijwel onmiddellijk aanvangt; voordat de rechtens beslissende kwalificaties worden vastgesteld (onrechtmatige daad, diefstal enz.) worden de gebeurtenissen reeds met allerlei tussenkwalificaties bestempeld (onvoorzichtig rijden, wegnemen van een goed enz.). Met nog andere woorden: feiten zijn voor de jurist zonder recht niet goed denkbaar.”²

¹ Koopmans 1982 (1991), p. 83, p. 85. Zie over de omgang met de feiten in het (juridische) oordeel ook Van Schilfgaarde 2000 en 2006.

² Koopmans 1982 (1991), p. 83.

Deze bijna onbedwingbare drang tot conceptualisering heeft zich ook voorgedaan met betrekking tot feitelijk-economisch samenhangende verhoudingen. Het verschijnsel dat in het economische verkeer structurele vormen van de betrokkenheid van derden bij overeenkomsten aan de orde van de dag zijn, heeft – vooral in Frankrijk en Duitsland – tot theorievorming geleid die erop gericht is deze vormen van structurele betrokkenheid juridisch te “vangen”. Hierna bespreek in het kort deze theorievorming.

Frankrijk

De eerste theorie waarop ik doel is de – door Du Perron in 1996 uitvoerig voor het Nederlandse wetenschappelijk forum ontsloten – Franse ‘*théorie des groupes de contrats*’.³ De kern van deze theorie is het contractualiseren van de verhoudingen tussen partijen en “derden”.⁴ Dit contractualiseren moet worden gezien tegen de achtergrond van het Franse systeem waarin contractualisering van aanspraken nodig werd geoordeeld om een zeker evenwicht te bereiken tussen de belangen van de derde en de aangesproken contractspartij. Zonder contractualisering dreigt een onbeperkte delictuele aansprakelijkheid, waartegen een aangevallen contractspartij zich niet adequaat kan verweren, als gevolg van het feit dat in de Franse leer een wanprestatie bijna eo ipso een onrechtmatige daad jegens een derde oplevert en uitsluiting van buitencontractuele aansprakelijkheid niet of nauwelijks mogelijk is.⁵ In deze situatie dreigt daadwerkelijk “kortsluiting” waarvoor contractualisering een oplossing kan bieden. Een bijkomend “voordeel” van contractualisering is, gezien vanuit de Franse rechtsleer ook dat wanneer eenmaal vaststaat dat de vordering van contractuele aard is, daarmee de vordering ook exclusief door het contractuele regime wordt beheerst. Krachtens de regel van de *non-cumul* is in contract de samenloop met een buitencontractuele vordering uitgesloten. De contractualisering van de aanspraak van de derde wordt in de theorie van de contractgroepen bereikt door de derde partij te maken bij zo’n contractgroep. Er zijn twee grondvormen van *contractgroepen*. Enerzijds *ketenovereenkomsten* (opeenvolgende overeenkomsten die verplichten tot eenzelfde kernprestatie met betrekking tot een zaak) en anderzijds *samenhangende overeenkomsten* buiten een keten, waarbij een van de betrokken partijen een spilfiguur is en de betrokken contracten samenhangen omdat zij alle noodzakelijk zijn voor het doel dat de spilfiguur wil bereiken. Op basis van deze indeling werd in de rechtspraak in de jaren ’80 van de vorige eeuw vormgegeven aan de theorie van de contractgroepen. De aanspraken in contractgroepen werden daadwerkelijk gecontractualiseerd: de derde in een contractgroep kon een aanspraak op contractuele grondslag geldend maken, waartegen de contractspartij zich vervolgens kon verweren met een beroep op een exonerationbeding, indien aanwezig. Volstrekt onuitgekristalliseerd bleef de kwestie welk exonerationbeding de aanspraken van de derde beheerste: het beding dat in het contract met zijn directe wederpartij was opgenomen, of het beding dat in het contract van de aangevallene

³ Du Perron 1996. Zie ook Kottenhagen 1995, p. 135-141.

⁴ Du Perron 1996, p. 10, Bacache-Gibeili 1996, p. 33. e.v., Larroumet 1996, p. 834-845, Ghestin-Jamin-Billiau 2001, p. 1208-1216, Claeys 2003, p. 459, Fabre-Magnan 2004, p. 465-472.

⁵ Bacache-Gibeili 1996, p. 15-32, Du Perron 1996, p. 12-15, Larroumet 1996, p. 834-840, Fabre-Magnan 2004, p. 641-643.

was opgenomen. In een beroemd arrest van de eerste civiele kamer van het Cour de Cassation met betrekking tot zoekgeraakte dia's (*Clic Clac*)⁶ oordeelde het college dat het bedrijf aan wie de wederpartij van de gedupeerde klant het ontwikkelen van de dia's had uitbesteed zowel een beroep op het exoneratiebeding in de overeenkomst met zijn opdrachtgever toekwam als een beroep op het exoneratiebeding in de overeenkomst van de klant met de opdrachtgever.

Al in het begin van de jaren negentig is de contractualisering van aanspraken in groepen van contracten gestagneerd omdat de *Assemblée plénière* van het Cour de Cassation ten aanzien van samenhangende overeenkomsten niet van contractualisering van de aanspraken van de derde wilde weten.⁷ De verklaring voor deze stagnatie is dat de rigoureuze contractualisering in contractgroepen niet voldoende was doordacht. Theorie en praktijk zijn er niet in geslaagd het begrip *groep* een zodanige inhoud te geven dat daaraan kan worden afgemeten wie ten opzichte van wie een contractuele aanspraak kan geldend maken.⁸ Bovendien bleef onduidelijk door welk contractueel regime precies de aanspraken werden beheerst: was het contract van de "aanvaller" beslissend, dat van de aangevallene of allebei? In reactie op deze kritiek – die zij deelt – heeft Bacache-Gibeili hiervoor een criterium ontwikkeld. Alleen als sprake is van een schending van een *verbintenis die uitsluitend op de betrokken overeenkomsten berust* is sprake van een contractuele aanspraak van de derde die dan vervolgens door het contract van de aangevallene wordt beheerst. Beslissend criterium is of sprake is van identiteit van verbintenissen ("obligation identique") in de verschillende contracten.⁹ Zo kan een opdrachtgever een onderaannemer rechtstreeks aanspreken op contractuele grondslag als de onderaannemer zijn werk niet goed doet omdat er sprake is van identieke verbintenissen in het hoofdcontract en het ondercontract. Bij beide contracten gaat het om het verrichten van dezelfde prestatie: het uitvoeren van het aangenomen werk. Het contract van de onderaannemer beslist vervolgens over de toepasselijke voorwaarden en exoneratiebedingen. Is echter sprake van schending van een "heteronome" algemene zorgvuldigheidsplicht (die eveneens uit de overeenkomsten kan voortvloeien, maar daarmee nog niet contractueel van aard is), dan geldt dat de aanspraak van de derde langs buitencontractuele weg moet worden afgewikkeld.¹⁰ Bacache-Gibeili benadrukt dat haar voorstel niet tot ongelimiteerde aansprakelijkheden leidt omdat de contractuele aanspraak alleen aan de orde komt in gevallen waarin de derde, door het hanteren van een streng criterium voor buitencontractuele aansprakelijkheid, géén aanspraak op buitencontractuele grondslag heeft.¹¹ De vordering van de

⁶ 8 maart 1988, J.C.P. 1988 II, note P. Jourdain.

⁷ 12 juli 1991, D. 1991, 549 note J. Ghestin (Besse-arrest), waarover Bacache-Gibeili 1996, p. 284-291, Du Perron 1996, p. 26-27. Deze afwijzing van contractualisering in geval van samenhangende overeenkomsten laat echter onverlet dat in 'eigendomsoverdragende' contractketens de aanspraak van de verkrijger contractueel van aard blijft. Zie Claeys 2003, p. 472. Deze vorm van contractualisering berust echter op de gedachte dat het vorderingsrecht als "accessoire" met de overgedragen zaak mee overgaat. Zie hierover: Du Perron 1996, p. 28 e.v.

⁸ Du Perron 1996 p. 39-40, Bacache-Gibeili 1996, p. 47-49.

⁹ Bacache-Gibeili 1996, p. 258-259.

¹⁰ Bacache-Gibeili 1996, p. 152 e.v. Vgl. ook de opvatting van Viney, weergegeven door Du Perron 1996, p. 50.

¹¹ Bacache-Gibeili 1996, p. 284-287.

derde wordt derhalve hetzij exclusief door het contract, hetzij exclusief door een delictueel regime beheerst.

Evaluatie van een theorie, ontwikkeld op basis van een rechtsstelsel met een andere ontwikkelingsgang dan het onze, noopt tot terughoudendheid. Enerzijds geldt hier dat het formeren van contractgroepen vooral begrepen kan worden vanuit het Franse systeem, waarin sprake was van een *juridisch tekort*, omdat de buitencontractuele aansprakelijkheid niet langs andere weg beteugeld leek te kunnen worden dan door contractualisering. De heersende opvatting in literatuur en rechtspraak dat een wanprestatie die voor een derde schade meebrengt, voldoende is voor een aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad jegens de derde, noopte met andere woorden tot contractualisering. De theorie heeft zeker ook bruikbare aanknopingspunten opgeleverd zoals het door Bacache-Gibeili ontwikkelde criterium eenheid van prestatie.

In dit opzicht sluit de theorievorming van Bacache-Gibeili aan bij een voorstel van Du Perron met betrekking tot *doorverking van exonatiebedingen* in ketens van overeenkomsten waarbij een contractspartij (A) bij het verrichten van haar prestatie met betrekking tot het belang van haar wederpartij (B) gebruik maakt van de diensten van zelfstandige hulppersonen (C).¹² In deze gevallen wil Du Perron – naar analogie met art. 6:257 – aan C een beroep op de verweermiddelen in de overeenkomst tussen A en B toestaan. Doorslaggevend criterium is hier de *eenheid van prestatie* tussen de werkzaamheden van C en die van zijn opdrachtgever A.¹³ Om te bepalen of voldoende eenheid van prestatie aanwezig is moet men nagaan of men de verhouding tussen de partijen kan structureren rond de prestatie die B aan A heeft opgedragen. Dit zal zich vooral – maar niet uitsluitend – bij *onderovereenkomsten* voordoen.¹⁴

Aan de andere kant laat de theorie echter ook zien hoe moeilijk het is een *contractsmodel* te hanteren voor samenhangende rechtsverhoudingen. Het contractsmodel, de wijze waarop wij ons een contract voorstellen verwijst in de westerse samenleving zozeer naar een op basis van toestemming tot stand gekomen rechtsbetrekking, dat het zeer moeilijk is om dit criterium van de toestemming te vervangen door andere even vanzelfsprekende en scherpe criteria. Waar dit niet lukt, maar waar integendeel meerdere factoren van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of aan de samenhang tussen rechtsverhoudingen rechtsgevolgen moeten worden toegekend, lijkt het mij beter om niet het ene contractsmodel door een ander, onscherp model te vervangen, maar om in de theorievorming uit te gaan van een onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad, echter niet als eindpunt maar als beginpunt van een redenering. Het hanteren van een nieuw, verruimd contractsbegrip met betrekking tot samenhangende rechtsverhoudingen leidt in de Franse doctrine, getuige bijv. het voorstel van Bacache-Gibeili, tot kunstmatige, moeilijk vol te houden onderscheidingen, zoals het onderscheid tussen zuiver contractuele en zuiver delictuele fouten. Zo stelt Bacache-Gibeili naar aanleiding van het bovengenoemde *Clic Clac*-arrest dat aan de gedupeerde klant tegen de zelfstan-

¹² Du Perron 1999, p. 246 e.v.

¹³ Du Perron 1999, p. 359. Zie voor het criterium “eenheid van prestatie” ook Vranken 1997b, waarover hierna in paragraaf 3.

¹⁴ Du Perron 1999, p. 359.

dige hulppersoon die de dia's zoekmaakte slechts een contractuele vordering toekomt, omdat er – onafhankelijk van het contract – geen sprake zou zijn van een onrechtmatige daad.¹⁵ Ik begrijp dat niet. Als ik dia's zoekmaak die aan een ander toebehoren en mij is dat als onzorgvuldig gedrag toe te rekenen (het constitueert een “faute”) dan is dat onrechtmatig, onafhankelijk van schending van een contractuele verbintenis. Ik kan althans niet inzien waarom het hier om een faute “strictement contractuelle”¹⁶ zou gaan. In mijn visie kan dat alleen wanneer men de fout al strikt contractueel noemt als er een contract is. De visie van Bacache-Gibeili is dan niet meer dan een soort uitbreiding van de regel van de non-cumul. Het onderscheid van Bacache-Gibeili is dan ook vooral een kunstgreep om tot (exclusieve) contractualisering te komen, in gevallen waarin het wenselijk wordt geacht de derde enerzijds een aanspraak te gunnen, anderzijds deze te laten beheersen door de door de aangesproken onderaannemer getroffen contractuele voorziening. Dat hier ook een methode mogelijk is waarbij enerzijds de buitencontractuele aansprakelijkheid wordt toegelaten, en aan de andere kant doorwerking van bedingen toegestaan is, lijkt in de Franse rechtsleer over het hoofd te worden gezien.¹⁷

Duitsland

Ook in Duitsland is men begonnen met het ontwikkelen van theorieën en modellen om aan samenhangende rechtsverhoudingen juridisch vorm te geven. Deze theorievorming is uitdrukkelijk geënt op de gedachte dat het maatschappelijke verkeer ingewikkelder is geworden, waarbij ingewikkelde prestatieverbanden zijn ontstaan die het individuele contract te buiten en te boven gaan. Aan het begin van deze theorievorming staat Möschel, die in een opstel over de verhoudingen tussen de deelnemers aan het huidige bancaire betalingsverkeer (waarin een betalingsopdracht van een klant door een samenwerking van meerdere banken wordt uitgevoerd), het idee van een *Netzvertrag* heeft gelanceerd.¹⁸ De bij de betalingsopdracht betrokken banken zijn dan wel niet door een op wilsovereenstemming gebaseerd koepelcontract verbonden, maar tussen hen bestaat wel een multilaterale Sonderverbindung, een *Netzvertrag*, die ertoe verplicht om de uit hun samenwerking voortvloeiende verplichtingen zorgvuldig uit te voeren. Voor deze multilaterale Sonderverbindung gebruikt Möschel de term *Netzvertrag* (of *Verbundssystem*). Binnen het geheel van contractuele relaties (*Netz* of *Verbund*) wordt een uniform doel gediend: het uitvoeren van de betalingsopdracht. De gedachte van het *Netzvertrag* en/of *Verbundssystem* doet volgens Möschel recht aan:

“dem für alle Beteiligten selbstverständlichen Faktum, daß die Einzelverträge in ihrer wechselseitigen Aufeinanderbezogenheit ein System konstituieren mit dem einheitlichen Zweck der Zahlungsdurchführung, ohne daß die ein gemeinsamer im Sinne eines Gesellschaftsrecht wäre.”¹⁹

¹⁵ Bacache-Gibeili 1996, p. 284-285.

¹⁶ Bacache-Gibeili 1996, p. 285.

¹⁷ In deze zin ook Claey's 2003, p. 462-463.

¹⁸ Möschel 1986, p. 187-237. Zie voor een bespreking van het *Netzvertrags*model in relatie tot franchising, Schimansky 2003, p. 112-130.

¹⁹ Möschel 1986, p. 222.

Teubner heeft in aansluiting op het opstel van Möschel getracht het fenomeen van samenhangende overeenkomsten, waarbij sprake is van een bundel bilaterale contracten met een *spilfiguur*, te vatten in het concept *Netwerk*. Aanvankelijk heeft hij dit concept gebruikt in relatie tot franchising als samenwerkingsvorm tussen ondernemers.²⁰ Later heeft hij het netwerk-concept uitgebreid tot andere ondernemingsvormen als just-in-time production en virtuele ondernemingen.²¹ Franchising (en dit geldt ook voor de andere genoemde ondernemingsvormen) creëert volgens Teubner een nieuw type netwerkorganisatie, door hem omschreven als een derde type van private coördinatie naast contract en rechtspersoon. In de visie van Teubner is een netwerkorganisatie uitdrukkelijk geen tussenvorm tussen contract en organisatie (een soort compromis)²² maar een *samenwerkingsvorm* waarin de gekozen *contractuele hoofdstructuur volledig wordt gehandhaafd*, terwijl tegelijkertijd binnen die contractuele hoofdstructuur *de aanwezige organisatorische elementen worden gereconstrueerd*.²³ Teubner bestempelt deze samenwerkingsvormen, deze “Netzwerke”, als *Vertragsverbund*.²⁴ Een *Vertragsverbund* is volgens hem²⁵ aanwezig als (1) sprake is van wederzijdse betrokkenheid van de bilaterale contracten op elkaar in de zin dat in de contracten niet alleen de bilaterale rechten en plichten zijn neergelegd maar tevens verwezen wordt naar de relatie met de andere deelnemers (“wechselseitige Verweisung”), (2) sprake is van een gezamenlijk project en (3) er sprake is van een nauwe feitelijk-economische samenwerking van de betrokkenen (de “wirtschaftliche Einheit”²⁶). Teubner kent aan de kwalificatie als *Vertragsverbund* – zij het mondjasmaat – rechtsgevolgen toe. Onder omstandigheden kunnen de netdeelnemers elkaar aanspreken tot nakoming van de verplichtingen uit het *Vertragsverbund*.²⁷ Daarnaast kunnen onder omstandigheden gelaedeerde derden zowel de spilfiguur als (een van) de overige netdeelnemers aanspreken tot vergoeding van schade.²⁸

Dat Teubner zo veel moeite doet samenhangende overeenkomsten (bij hem beperkt tot ondernemingsvormen met een contractuele hoofdstructuur) dogmatisch te funderen op het grensvlak van contract en onrechtmatige daad (en rechtspersoon) en dan leeft in de buurt van het contract kan, zoals dat ook het geval is met de theorievorming in Frankrijk, deels verklaard worden tegen de achtergrond van het Duitse rechtssysteem. Het Duitse onrechtmatige daadsrecht, zoals vervat in de § 823 en 826 BGB heeft slechts een beperkt toepassingsbereik. Tenzij sprake is van een geschreven norm die tegen deze schade beschermt of van opzettelijk toegebrachte schade, komt zuivere vermogensschade niet op delictuele grondslag voor vergoeding in aanmerking. Ook de buitencontractuele aansprakelijkheid voor

²⁰ Teubner 1991, p. 105-132 en Teubner 2002, p. 311-331.

²¹ Teubner 2004.

²² Teubner 1991, p. 117, Teubner 2002, p. 314 en Teubner 2004, p. 79-88.

²³ Teubner 2002 p. 323 en Teubner 2004, p. 119 e.v.

²⁴ Teubner 2004, p. 109 e.v.

²⁵ Teubner 2004, p. 125.

²⁶ De eis van de wirtschaftliche Einheit is in de Duitse theorie en rechtspraktijk met name uitgewerkt met betrekking tot de huurkoopfinanciering. Zie (onder veel meer) Gernhuber 1973 en 1989. Zie ook Meijer 1998. Zie thans § 358 BGB.

²⁷ Teubner 2004, p. 203 e.v., in het bijzonder p. 206-207.

²⁸ Teubner 2004, p. 212 e.v.

hulppersonen (§ 831 BGB) is aan beperkingen onderhevig. Dit noodzaakt in zeker opzicht tot contractualisering van de aanspraken van derden en netdeelnemers. Ook hier geldt weer dat deze dogmatische redenen voor contractualisering van de aanspraken binnen het Vertragsverbund niet gelden voor het Nederlandse recht. Maar ook afgezien daarvan zou ik er niet voor pleiten voor het Nederlandse recht te aanvaarden om, indien samenhangende overeenkomsten de door Teubner vertoonde kenmerken vertonen (wederzijdse verwijzing, gezamenlijk project, economische eenheid), ze te beschouwen als "contractsverbond" waaruit vervolgens dan deductief bepaalde verplichtingen kunnen worden afgeleid. De kwalificatie als zodanig is hier een volstrekt overbodige tussenstap om tot de toepasselijke norm te komen. Ik kom er nog op terug.

In dit verband verdient ook de theorie van Rohe aangaande het *Netzvertrag* geen bijval.²⁹ Rohe heeft de door Möschel geïntroduceerde figuur van het *Netzvertrag* proberen te vervolmaken door hem verder uit te werken. Was bij Möschel nog slechts sprake van een aanzet, Rohe voorziet de netovereenkomst van de volgende kenmerken.

1. Er is sprake van primaire en secundaire transacties waarbij de secundaire transactie de primaire transactie op een kostenbesparende manier ondersteunt. Als voorbeeld kan hier dienen het betalingsverkeer waarin de opdracht van een klant wordt uitgevoerd door meerdere banken. De primaire transactie is de uitvoering van de betalingsopdracht van de klant, de secundaire transacties zijn de overeenkomsten tussen de banken onderling, die het mogelijk maken deze transactie op efficiënte wijze uit te voeren. Een ander voorbeeld betreft franchising. De primaire transactie is de verkoop van een product of het verrichten van een dienst door de franchise-nemer ten opzichte van een consument. De secundaire transacties zijn hier de contracten tussen franchisegever en franchisenemer die erop gericht zijn de verkoop van de hamburger zo efficiënt en zo gestandaardiseerd mogelijk te laten geschieden.
2. De kostenbesparing wordt bereikt door een gestandaardiseerde en op veelvuldige herhaling gerichte afwikkeling van de transactie.
3. Deze afwikkeling kan slechts geschieden door gecoördineerd samenwerken tussen een groot aantal deelnemers.
4. Op grond van de economische zelfstandigheid van alle deelnemers kan ieder van hen van de kostenbesparingen profiteren.³⁰

Rohe ontwikkelde zijn model van een netovereenkomst in de eerste plaats met het oog op het girale betalingsverkeer, waarin transacties over meerdere schijven lopen en gemakkelijk storingen kunnen ontstaan.³¹ Uit de netstructuur vloeit naar zijn oordeel niet voort dat er primaire prestatieplichten (de plicht tot nakoming) ontstaan voor de niet onmiddellijk optredende net-deelnemers: de primaire prestatieplicht ontstaat slechts in de bipolaire structuur opdrachtgever-opdrachtnemer.³² Uit de netstructuur volgt echter wel dat er directe, op het netcontract gegronde, schadevergoedingsplichten ontstaan wegens tekortkomingen in de nakoming van de uit de netstructuur voortvloeiende prestaties (de netspecifieke prestaties) die met de primaire prestatie verbonden zijn. Als de opdrachtgever van een betalingsop-

²⁹ Rohe 1998. Zie hierover ook Du Perron 2000, p. 247.

³⁰ Rohe 1998, p. 66.

³¹ Rohe 1998, p. 65-304.

³² Rohe 1998, p. 195.

dracht schade lijdt doordat een van de tussengeschakelde banken zijn werk niet goed doet, kan de opdrachtgever schadevergoeding vorderen van deze bank op basis van schending van een uit het Netzvertrag voortvloeiende plicht.

Ik vraag mij af of de figuur van het door Rohe ontwikkelde Netzvertrag geschikt is om complexe samenhangende rechtsverhoudingen in “te vangen”. Het aanvaarden van een overkoepelende overeenkomst in dit type gevallen loopt vrijwel altijd uit op het aanvaarden van een fictie³³; de deelnemers hebben zich nu eenmaal niet contractueel aan elkaar gebonden. Uit de nuances die Rohe aanbrengt ten aanzien van de rechtsgevolgen van het Netzvertrag blijkt mijns inziens bovendien dat hij zelf de consequenties van het aannemen van een overeenkomst niet ten volle aanvaardt: primaire prestatieplichten vloeien uit het contract niet voort, slechts secundaire schadevergoedingsplichten. Rohe's Netzvertrag is dan ook niet wat het lijkt: een contract. Het is veeleer een “quasi-contractuele” oplossing, die tegen de achtergrond van het Duitse systeem nog wel te begrijpen is, maar niettemin berust op een fictie.

Ook Picker behoort tot de auteurs die met het oog op het veranderende economische verkeer wil komen tot een heroriëntering van het verbintenissenrecht.³⁴ Hij verwerpt weliswaar de constructie van het Netzvertrag of van het Netzwerk, maar hij kent daaraan wel de verdienste toe dat zij oog hebben voor de economische veranderingen. Picker wil echter deze fenomenen benaderen vanuit een algemeen categorie *Sonderverbindung*. Overal waar sprake is van een *Leistungsverbund*, een ‘faktische Leistungsbeziehung’ tussen deelnemers aan het economische verkeer, zoals in gevallen waarin een advies van een deskundige de belangen van een derde raakt, of zoals in het geval van het betalingsverkeer, heeft degene die als gevolg van de prestatie schade lijdt recht op schadevergoeding, als van tevoren de kring van gerechtigden kan worden afgebakend. Picker's visie vertoont verwantschap met die van Möschel, Teubner en Rohe³⁵, hij keert zich echter radicaal van quasi-contractuele oplossingen af.

Intussen moet worden geconstateerd dat de theorieën van Teubner en Rohe geen vaste juridische bodem hebben gevonden. Het Duitse recht laat geen tekenen zien van de erkenning van Netzwerke, Netzverträge of Leistungsverbunden. Verwonderen kan dit niet echt. De theorievorming steunt naar mijn mening te veel op de gedachte dat de complexiteit van het economische verkeer meteen gevangen moet worden in nieuwe juridische begrippen of modellen. Deze gedachte berust mijns inziens op een misvatting. Zoals Collins zegt:

“(...) the observation that the world is more complex than the law imagines it to be must be the normal situation for legal science, and cannot in itself be a reason for believing that there is a need to change the law. Since the law operates through norms that seek to have general application, its rules can never reflect all the diversity of concrete situations. The law copes with this problem by various devices such as

³³ Zo ook Picker 1999, p. 439, nt. 88. Picker zegt treffend: “Denn nicht ein ‘Netzvertrag’ liegt in den hier zu lösenden Fällen vor, sondern nur ein Vertragsnetz, das alle Probleme erst stellt!”. Vgl. ook Teubner 2002, p. 318 en Teubner 2004, p. 104.

³⁴ Picker 1983, 1987 en 1999.

³⁵ Picker wijst ook op deze verwantschap. Zie Picker 1999, p. 432, nt. 80.

open-textured rules, general principles that can provide the source of exceptions, and more generally normative complexity that provides a rich texture of competing norms that can be employed to forge novel solutions in concrete cases.”³⁶

Bovendien meen ik dat het invoeren van een nieuw begrip of nieuw model pas zinvol is als daardoor meer licht wordt geworpen op de vraag welke criteria relevant zijn bij het beoordelen van samenhangende rechtsverhoudingen, liever nog: uit het nieuw te vormen begrip moeten criteria afgeleid kunnen worden die met het bestaande begrippenapparaat niet of moeizamer kunnen worden verkregen.³⁷ Uit het voorgaande volgt dat de in Duitsland en Frankrijk ontwikkelde contractmodellen voor samenhangende rechtsverhoudingen mijns inziens geen, althans onvoldoende, houvast bieden bij het formuleren van een antwoord op de vraag of in een concreet geval sprake is van een zodanige samenhang tussen rechtsverhoudingen dat deze voor de betrokkenen over en weer rechten en verplichtingen schept en welke dat zijn. De concrete oogst van criteria ter beoordeling van de samenhang is mager en, eenmaal een concept gevonden, blijkt dat nog niet rechtstreeks te voeren naar een antwoord op de vraag naar de rechtsgevolgen in concreto. De door mij te volgen methode bij het zoeken naar een antwoord op de vraag naar de “samenhang en haar rechtsgevolgen” is dan ook een andere dan die van de besproken theorieën, die beginnen met het ontwikkelen van “vaste figuren”³⁸ of het ontwikkelen van nieuwe begrippen.

3 ‘Typologiseren en moduleren’.³⁹

Niet alleen conceptualiseren, ook typologiseren behoort tot het juridische “handwerk”. Hierbij kan men verschillende vormen van typologiseren onderscheiden. In de eerste plaats kan worden verwezen naar de, met name door Larenz ontwikkelde *Typenzuordnung* als methode van rechtsvinding.⁴⁰ Deze methode houdt onder meer in dat nieuwe rechtsverschijnselen (leasing, een covenant, een recht op een domeinnaam) *vergeleken* worden met bestaande categorieën in het recht (het zgn. “Normstrukturtype” of “rechtliche Strukturtype”) om van daaruit te beoordelen of het verschijnsel in meerdere of mindere mate de kenmerken van een bepaald type heeft. Aan de hand van deze vergelijking kunnen dan rechtsgevolgen worden vastgesteld. Teubner volgt deze methode als hij bijv. franchising vergelijkt met een personenvennootschap (Gesellschaft) en met een contract. Op basis van de gecombineerde elementen uit deze typen komt hij dan tot een nieuwe conceptualisering als *Vertragsverbund*. De typologische methode van Larenz wordt vooral afgezet tegen een

³⁶ Collins 2006 (nog te publiceren), z.p.

³⁷ Zie in deze zin: Oechsler 1997, p. 303-314 en p. 376-406.

³⁸ Vgl. Meijer 1998, die “waar mogelijk” pleit voor een ontwikkeling in vaste figuren.

³⁹ De titel van deze paragraaf is ontleend aan: H.C.F. Schoordijk, ‘Typologiseren en moduleren in de rechtsvinding’, opgenomen in: Rechtsvinding, bundel opstellen aangeboden aan prof. dr. J.M. Pieters, Deventer: Kluwer 1970, p. 231-252.

⁴⁰ Larenz 1991, p. 301-304 en p. 461-473. Zie ook Leenen 1971. Voor een kritische beschouwing over de typologische methode van Larenz: Kokert 1995.

methode waarbij het gaat om het ontwikkelen van “abstracte begrippen”.⁴¹ Begrippen hebben een gesloten karakter: iets hoort uiteindelijk wel of niet tot een bepaald begrip. Begripsmatig kan een absoluut recht niet ook tegelijkertijd een relatief recht zijn. De begrippen sluiten elkaar uit.

“Sieht man in ‘Forderungsrechten’ und ‘Herrschaftsrechten’ dagegen Rechtstypen dann werden Zwischenformen(...) verständlicher.”⁴²

Typologisch denken bij Larenz is een vorm van *vergelijkend* denken. Het is niet of – of, maar meer of minder. Rechtsverschijnselen kunnen in meerderde of mindere mate overeenstemmen met een bepaald type en al naar gelang kunnen de rechtsgevolgen worden vastgesteld.

Typologie is echter niet alleen vergelijken, het is ook *indelen*: rechtsverschijnselen kunnen worden ingedeeld op basis van een aantal kenmerken. Zo kunnen vormen van derden-betrokkenheid bij overeenkomsten worden “geclassificeerd”.

Deze typologie heeft bijv. in Frankrijk een hoge vlucht genomen en heeft geleid tot een verfijnde indeling van “groepen van contractsgroepen”. In ons land heeft Vranken⁴³ zich gewaagd aan een typologie. Hij heeft getracht gevallen van derdenwerking in een aantal typen onder te brengen. Met typologie is zijns inziens al veel gewonnen:

“Typologiseren dwingt tot het aftasten van verschillen en overeenkomsten en maakt het mogelijk op meer algemeen niveau uitspraken te doen”.⁴⁴

Vranken onderscheidt twee typen. Bij het *eerste type* is sprake van een contract A-B en daaromheen andere contracten van A met derden die weer een *andere prestatie* tot voorwerp hebben. De contracten staan in een *horizontale verhouding* tot elkaar. Bij dit type kan men denken aan gevallen van beroepsaansprakelijkheid: als een consultancy-bureau in opdracht van een provincie een rapport uitbrengt over de groeimogelijkheden in een bepaalde regio en dit rapport wordt door de provincie toegezonden aan potentiële investeerders, dan kan aansprakelijkheid van het consultancybureau ontstaan, ten opzichte van de investeerders als het rapport fouten blijkt te bevatten. Criteria voor doorwerking zijn hier (1) of de derde zich in de “Leistungsnähe” van het contract bevindt en (2) of de aangesproken contractspartij van het bestaan van de derde wist of behoorde te weten.

Bij het tweede type is sprake van *verticale verhoudingen*, waarbij alle partijen samen een bijdrage leveren aan *dezelfde* prestatie of bij de deugdelijkheid van dezelfde prestatie belang hebben. Tot dit type behoren twee “subtypen”: gevallen van rechtsopvolging en gevallen waarbij betrokkenen belang hebben bij dezelfde pres-

⁴¹ Meijers neemt een tussenpositie in. In: De algemene begrippen van het burgerlijk recht (1948) p. 197 e.v. spreekt Meijers over een normaal type. Toch is zijn benadering anders dan die van Larenz. Bij Meijers moet een overgangsvorm uiteindelijk toch ondergebracht worden bij één bepaald begrip: voor een denken in “meer of minder” is geen ruimte. Zie hierover Bloembergen 1977, p. 35 en Bloembergen 1980, p. 43-47. Zie ook Nieuwenhuis 1980, p. 105.

⁴² Larenz 1991, p. 473.

⁴³ Vranken 1997b, p. 715-720 en p. 735-739.

⁴⁴ Vranken 1997b, p. 716.

tatie buiten rechtsopvolging, zoals bijv. in de arresten *Gegaste uien*⁴⁵ en *Securicor*.⁴⁶ In deze verticale verhoudingen zal over een aantal vragen van derdenwerking nader moeten worden beslist zoals de vraag waarom men derdenwerking wil. Wil men de derde slechts beschermen tegen betalingsonmacht van zijn wederpartij of wil men veel verder gaan en “alles wat feitelijk samenhangt ook juridisch zoveel mogelijk in samenhang (...) beschouwen”?⁴⁷ Ik vind de typologie van Vranken niet in alle opzichten geslaagd. Het kost mij enige moeite om in gevallen van beroepsaansprakelijkheid te onderkennen wat de relevantie is van het feit dat het in de verschillende overeenkomsten – van de deskundige (bijv. een taxateur) met zijn wederpartij en van de wederpartij (bijv. een verkoper van een huis) met “de derde” (de koper) – om overeenkomsten met een *andere* prestatie gaat. Mijns inziens staat hier slechts één prestatie ter discussie en dat is het rapport van de deskundige. Aansprakelijkheid hiervoor jegens een derde kan worden afgewikkeld met behulp van de door Vranken genoemde criteria, maar het begrip “een andere prestatie” voegt daar niets aan toe.

Positiever sta ik tegenover het type waarin de verschillende overeenkomsten *eenzelfde prestatie* tot voorwerp hebben of waarbij de betrokkenen allemaal belang hebben bij dezelfde prestatie. Bij dit type kan de kring van betrokkenen zonder veel moeite worden afgebakend. Maar zoals Vranken zelf ook zegt: dan beginnen de problemen pas!⁴⁸ Met name kan de structuur hier geen antwoord geven op de vraag hoever de bescherming en de aanspraken van de derde en de contractspartijen precies reiken. Het gaat er om te bepalen hoeveel bescherming men wil en nodig acht en dat kan niet enkel uit de betrokkenheid bij dezelfde prestatie worden afgeleid. Dat blijkt bijv. uit het arrest *Van Schagen-Dikkers*.⁴⁹ In dit arrest was een koopoptie aan de orde die zowel in het hoofdhuurcontract als in het onderhuurcontract was opgenomen. Zowel het hoofdhuurcontract als het onderhuurcontract had betrekking op dezelfde prestatie evenals de beide koopopties. Toch kon de onderhuurder zich jegens de verhuurder niet beroepen op de koopoptie in het onderhuurcontract, waarschijnlijk vanwege de mogelijkheid de optie af te wikkelen tussen eigenaar en huurder ook ten behoeve van de onderhuurder.

Mijns inziens geldt dat uiteindelijk niet de *juridische* structuur of de typologie van de verbindingen tussen contractanten en derden beslissend is, maar de wijze waarop en de mate waarin de belangen van hen die tot elkaar in een feitelijk-economische relatie staan zijn verstrengeld. Zo was in het arrest *Mooijman-Netjes* de feitelijk-economische samenwerking beslissend voor het aannemen van zorgplichten en werden in het arrest *Jans-Fiat* aan de feitelijk-economische verbondenheid tussen de contracten rechtsgevolgen toegekend *ondanks* het feit dat het om twee verschillende contracten met dezelfde wederpartij ging. Pas na constatering en evaluatie van de feitelijk-economische samenhang kan daadwerkelijk van samenhangende rechtsverhoudingen worden gesproken.

⁴⁵ HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249 m.nt. G.J. Scholten.

⁴⁶ HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 m.nt. A.R. Bloembergen.

⁴⁷ Vranken 1997b, p. 738.

⁴⁸ Vranken 1997b, p. 738.

⁴⁹ HR 30 juni 1978, NJ 1978, 694.

Een vorm van uitermate geslaagde theorievorming over één voorbeeld van samenhangende rechtsverhoudingen, vind ik dan ook de theorievorming door Gernhuber⁵⁰ over de huurkoopfinancieringsproblematiek die ook ten grondslag lag aan het arrest *Jans-Fiat*. Gernhuber doet hier wat mijns inziens moet. Hij neemt de feitelijk-economische samenhang tussen de huurkoopovereenkomst en de financieringsovereenkomst tot uitgangspunt om van daaruit de rechtsvragen die rijzen te beantwoorden. Hij kijkt dwars door de juridische structuur heen en ziet in de huurkoopfinanciering een samenwerkingsvorm tussen drie partijen die juridisch genormeerd moet worden. Hij negeert op grond van de economische eenheid (“wirtschaftliche Einheit”) tussen de verschillende transacties het feit dat het hier om twee afzonderlijke overeenkomsten gaat:

“Finanzierte Geschäfte sind und bleiben finanzierte Geschäfte, auch dann, wenn die Formularpraxis nicht müde werden sollte, die Selbständigkeit von Kauf und Darlehen zu betonen.”⁵¹

Gernhuber duidt de verbinding tussen de financieringsovereenkomst en de huurkoopovereenkomst als een rechtsgeschäftliches Verbund vanwege de doelverbondenheid (“Finalnexus”) tussen de contracten. De contracten voorzien gezamenlijk in de uitvoering van een “pakket” verbintenissen dat over twee overeenkomsten verdeeld is.⁵² Zoals Meijer opmerkt wordt door de figuur van het rechtsgeschäftliche Verbund:

“in plaats van hetzij de wil tot gebondenheid, hetzij de wil om buiten het contract te blijven, (...) als het ware de wil tot samenwerking gehonoreerd”.⁵³

Niet de juridische constructie staat centraal, maar de daarachter gelegen feitelijke samenhang.

Ik acht deze benadering beter dan het werken met typen, concepten en nieuwe begrippen. Zelfs als men een rechtsverhouding tot een bepaald type rekent of daarin een “contract” meent te ontwaren zal altijd nog op grond van de toepasselijke rechtsregels, op grond van het systeem van verbintenissenrecht, vastgesteld moeten worden welke rechtsgevolgen aan dit type toegekend moet worden. Men kan dan veel beter de kwalificatievraag, de typologie overslaan en direct trachten van de feiten tot de norm te komen. Daarbij ontken ik niet dat in die feiten een zekere regelmaat te ontdekken kan zijn en dat die regelmaat behulpzaam kan zijn bij het ontwikkelen van een leerstuk van “samenhangende rechtsverhoudingen”, maar ik ontken wel dat die regelmaat nu al kan of moet worden vastgelegd in vaste categorieën. In de volgende paragraaf ga ik op de door mij te volgen en te verdedigen methode in.

⁵⁰ Gernhuber 1973 en 1989. Zie voor een zeer heldere weergave van de theorievorming door Gernhuber Meijer 1998.

⁵¹ Gernhuber 1989, p. 731.

⁵² Gernhuber 1989, p. 730.

⁵³ Meijer 1998, p. 621.

4 Normatieve uitleg en productive learning.

Mijn uitgangspunt is dat bij het vaststellen van de rechtsgevolgen van rechtsverhoudingen⁵⁴ en dus ook van samenhangende rechtsverhoudingen de methode van de *normatieve uitleg* moet worden gehanteerd. Met deze methode is eerst en vooral de naam van Van Dunné⁵⁵ verbonden, wiens opvattingen ik echter niet onverkort deel. Van Schilfgaarde heeft de methode van normatieve uitleg, toen hij in 1997 hernieuwde aandacht vroeg voor Van Dunné's theorie, weergegeven als berustend op twee samenhangende gedachten.⁵⁶ De eerste is de gedachte dat alle voor de uitleg (het vaststellen van rechtsgevolgen) van belang zijnde feiten worden geïnterpreteerd tegen de achtergrond van daarvoor in aanmerking komende normen. Zonder deze achtergrond hebben de feiten geen betekenis. Het omgekeerde – en dat is dan meteen de tweede gedachte – is echter ook waar. De norm krijgt pas betekenis tegen de achtergrond van de feiten. Alle normen krijgen pas gestalte door invulling van concrete feiten. Het gaat hier om een dialectisch proces, waarvan de uitkomst uiteindelijk af zal hangen van – aldus van Schilfgaarde – de oriëntatiepunten die het positieve recht, de feiten, de aan de gang zijnde ontwikkeling in de rechtscultuur en creatieve energie van de rechtsuitlegger bieden.⁵⁷

Het is mijns inziens heel goed mogelijk de *methode* van de normatieve uitleg te volgen zonder daarbij ook meteen de opvattingen van Van Dunné aangaande het materiële recht te delen: bij hem is “alles” toerekening en kunnen allerlei leerstukken (dwaling, onvoorziene omstandigheden) worden afgeschaft. Van Dunné zet zich zo naar mijn mening te veel af tegen het positiefrechtelijke begrippensysteem en de gangbare voorstelling van leerstukken in het burgerlijk recht. Exemplarisch in dit verband is zijn definitie van het begrip rechtshandeling.⁵⁸ In de visie van Van Dunné valt onder dit begrip ook de onrechtmatige daad. Van een dergelijke bena-

⁵⁴ Daarbij neem ik de positie in dat het verschil tussen een feitelijke verhouding en een rechtsverhouding uiterst betrekkelijk is. Er zijn geen criteria om vooraf te bepalen of een verhouding al of niet een rechtsverhouding is. Naar het woord van Van Schilfgaarde (1978, p. 458):

“Iedere feitelijke verhouding, zo zou ik het willen uitdrukken, is een rechtsverhouding naar de mogelijkheid. Zij is rechtsverhouding zodra zij als betrekking tussen rechtssubjecten in een rechtsoordeel functioneert. Iedere rechtsverhouding is een rechtsverhouding in wording”. Vgl. ook Valk 1995, p. 1084–1085, Smits 1995, p. 103–105, Du Perron 1999, p. 85–88.

⁵⁵ Van Dunné 1971, p. 206 e.v. Zie ook Van Dunné 2004a, p. 137 e.v. en Van Dunné 2004b, p. 77 e.v.

⁵⁶ Van Schilfgaarde 1997, p. 590. Van Schilfgaarde is er niet zeker van of Van Dunné zich kan vinden in zijn weergave van de kern van de methode. Hij laat zijn weergave van de kern van de methode van normatieve uitleg voorafgaan door het zinnetje: “Als de kern zie ik – met van Dunné hoop ik, maar anders zonder hem – (etc. MvL)”

⁵⁷ Van Schilfgaarde 1997, p. 590.

⁵⁸ Zie Van Dunné 1971, p. 198 en Van Dunné 2004b, p. 68. “Een rechtshandeling is een handeling verricht door een persoon, bestaande in een doen of niet-doen, waardoor krachtens de normen van het geldend recht – gezien de aard van de handeling, de omstandigheden waaronder en de wijze waarop zij tot stand kwam – rechtsgevolgen ontstaan die de handelende toegerekend worden.”. Zie voor een modificatie van de toerekeningsleer van Van Dunné: Van den Berg 2000, p. 401 e.v. Van den Berg vervangt de term rechtshandeling door het begrip “juridische handeling”, waarbinnen dan contract en onrechtmatige daad wel als afzonderlijke categorieën kunnen worden onderscheiden. Voor mij blijft het toch een beetje goochelen met begrippen, waarvoor naar mijn mening helemaal geen noodzaak bestaat.

dering zie ik het voordeel niet in. Anders dan van Dunné aanvaard ik het huidige systeem van verbintenissenrecht in beginsel zoals het is. Met dat systeem is niet zo heel veel mis. Als partijen iets samen bedacht, en “gewild” hebben is dat een prima en vanzelfsprekend aanknopingspunt voor de rechtsvinding.⁵⁹ De regeling van de onvoorziene omstandigheden hoeft wat mij betreft – tot nader order – niet op de schop, zo min als ik een principieel bezwaar heb tegen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, en zo meer. Ook is het zo – Van Schilfgaarde wijst daar terecht op – dat het voor het hanteren van de methode van normatieve uitleg niet nodig is, zoals Van Dunné doet, daarbij (op voorhand) een zo zwaar accent te leggen op de redelijkheid en billijkheid als norm, want:

“(...) welke norm, welke waarde uiteindelijk in het voorkomende geval haar stempel zet (kan) in methodisch opzicht alleen worden vastgesteld als uitkomst van het dialectisch proces”.⁶⁰

Met deze methode is niet verenigbaar dat al op voorhand de redelijkheid en billijkheid wordt aangewezen als allesbepalende norm. Ik wil dat dan ook niet doen.

Als belangrijk kenmerk van de *normatieve uitlegmethode* zie ik dat daarin *minder* dan in de klassieke opvatting het accent ligt op juridische categorieën als partijwil, vertrouwen, onrechtmatigheid, “identiteit van vennootschappen” etc. en juist *meer* op de feitelijke handelingen van betrokkenen in het licht van de context van het geval. Voorwerp van uitleg is niet “datgene wat partijen zijn overeengekomen”, maar het gehele interactiepatroon, dat tegen de achtergrond van de geldende rechtsnormen moet worden uitgelegd. In dit verband zou ook, in plaats van methode van “normatieve” uitleg gesproken kunnen worden van een *methode van open uitleg*.⁶¹

Open uitleg houdt in openheid naar de feiten en openheid naar het recht. *Openheid naar de feiten* betekent dat het “selectieve raster” van de jurist de oordeelsvorming zo weinig mogelijk belast. Dit houdt in dat op de eerste plaats oog bestaat voor de dynamiek van de feitelijke relatie tussen de betrokkenen en de daarbij een rol spelende economische en sociale factoren. Natuurlijk, in de rechtsvorming wordt het feit getransformeerd tot “rechtsfeit”, maar dat kan ook zonder dat daarbij het feit meteen in een te strak, vervreemdend, juridisch keurslijf wordt geperst. Het gaat er niet om te bepalen wat een rechtshandeling in abstracto is (het antwoord wordt gegeven in art. 3:33 BW), het gaat er om te bepalen wat als rechtshandeling *geldt* in de gegeven omstandigheden. Evenmin gaat het er om te bepalen of er al of niet

⁵⁹ Van Schilfgaarde spreekt hier over een “handreiking van de wetgever”. Zie Van Schilfgaarde 1997, p. 588.

⁶⁰ Van Schilfgaarde 1997, p. 590.

⁶¹ De naam: “normatieve uitleg” is op zichzelf niet heel erg gelukkig. Het roept onvermijdelijk de reactie op dat iedere uitleg normatief is (Asser/Hartkamp 2005 (4-II), nr. 281) en dat de uitdrukking een “pleonasme van het zuiverste water” is (Nieuwenhuis 1979, p. 20). Hoewel semantisch correct, gaat deze kritiek voorbij aan de kern van de controverse die er natuurlijk is tussen hen die meer hechten aan autonomie, vertrouwen en causa als grondslag van de contractuele gebondenheid en hen die aan deze beginselen geen absolute waarde toekennen en uiteindelijk tot de slotsom komen dat “de mens wikt, maar het recht beschikt”. Zie ook Vranken 2000, p. 150-152, die “wijselijk” het woord normatieve uitleg niet in de mond neemt, maar niettemin een zelfde methode lijkt toegegaan. Vanwege het onbegrip dat het adjectief normatief ontmoet, lijkt het gebruik van een andere term zoals “open uitleg methode” te prefereren.

een *verbintenis* tot het geven van inlichtingen is, maar of aansprakelijkheid moet worden aanvaard voor bijv. onjuiste inlichtingen.⁶² *Openheid naar het recht* houdt in dat het recht niet wordt opgevat als een stelsel van gesloten regels, maar dat wordt uitgegaan van een “open regel” karakter waarbij de norm pas uiteindelijk kan worden vastgesteld met het oog op de omstandigheden van het geval.⁶³ De regel is niet af en staat open voor invloeden van buitenaf.⁶⁴

De methode van open uitleg is niet alleen een rechtsvindingmethode, te gebruiken bij de oplossing van concrete casusposities. Haar pretentie is ruimer in die zin dat het ook een methode is die door de rechtswetenschapper kan worden gehanteerd in het bewerken van het positieve recht. Open uitleg veronderstelt ook van de wetenschapper dat hij de rechtsstof rangschikt volgens deze methode en langs deze weg leerstukken analyseert en met verklaringen komt.⁶⁵ De methode van normatieve uitleg wordt vooral besproken als het gaat om de *uitleg van rechtshandelingen*, van overeenkomsten, in de betekenis die aan deze begrippen naar heersende opvatting wordt toegekend.⁶⁶ De methode is echter ook bruikbaar en wordt ook toegepast als het gaat om de uitleg van en het toekennen van rechtsgevolgen aan andere verhoudingen, zoals samenhangende rechtsverhoudingen⁶⁷ en buitencontractuele verhoudingen.⁶⁸

De bezwaren die tegen een open uitleg-methode kunnen worden ingebracht liggen voor de hand. Leidt het niet tot grote rechtsonzekerheid, te ruime discretionaire bevoegdheden voor rechter en wetenschapper en wellicht zelfs tot een ondergang van het recht als systeem? Ik meen van niet. Open uitleg geschiedt in nauwe aansluiting op het systeem, het is systeemgebonden open uitleg. Deze systeemgebondenheid komt allereerst tot uitdrukking in het gegeven dat een oriëntatie plaats moet vinden op de bronnen van verbintenis. Zoals Vranken zegt:

“Het verband met de bronnen van verbintenissen houdt in dat zich voordoende feiten, gebeurtenissen, handelingen en gedragingen moeten kunnen worden aangemerkt als bijvoorbeeld een overeenkomst, onverschuldigde betaling, onrechtmatige daad enz. om van daaruit te concluderen tot het bestaan van een rechtsplicht voor de een en een vorderingsrecht voor de ander. De nadruk ligt niet op het bestaan van een rechtsplicht of vorderingsrecht, maar op het bestaan van een bron van verbintenissen.”⁶⁹

⁶² Vgl. HR 25 januari 2002, *NJ* 2003, 31.

⁶³ Zie over de wenselijkheid van een open regelstructuur Van Schilfgaarde 2000, p. 248. Vgl. ook Nieuwenhuis 1982, p. 13: “Regels van privaatrecht dragen een open karakter”.

⁶⁴ Nieuwenhuis 1982, p. 13.

⁶⁵ Hier liggen gevaren op de loer. Zo trof Van Dunné het verwijt dat hij “slechts Rotterdams contractenrecht beschrijft” (Abas 1997, p. 830, nt. 1).

⁶⁶ Asser/Hartkamp 2005 (4-II), nrs. 8 e.v. Zie Van Dunné 1971, p. 198 en Van Dunné 2004b, p. 68.

⁶⁷ HR 23 januari 1998, *NJ* 1999, 97 (*Jans-Fiat*).

⁶⁸ Zie voor (mijns inziens normatieve) uitleg van een predelictuele verhouding HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96 (*Sobi-Hurks*). Zie hierover treffend Bartman/Dorresteyn 2003, p. 205-206. Zij betogen – en ik stem met hen in – dat hier de Hoge Raad tot het aanvaarden van een zorgplicht van de moedermaatschappij komt door het vaststellen van de hechte aard van de concernstructuur; “in deze wijze van rechtsvinding staat niet zozeer de schuld van de moeder voorop maar de feitelijke aard van het concernverband als grondslag voor rechtsgevolgen”.

⁶⁹ Vranken 1986, p. 146. Zie ook Smits 2003, p. 23.

De bronnen van verbintenis geven de toegang tot het recht.

Voor het leerstuk van samenhangende rechtsverhoudingen is het van groot belang dat de “toegangswegen”, de bronnen van verbintenis in open verbinding met elkaar worden gedacht. In gevallen van samenhangende rechtsverhoudingen dienen zich vaak meerdere bronnen van verbintenis aan, terwijl tegelijkertijd bij al deze bronnen vraagtekens kunnen worden gezet zowel voor wat betreft de vraag of überhaupt wel gebondenheid moet worden aangenomen als voor wat betreft de vraag of het hier wel om de juiste bron en/of om een goede inpassing gaat. Het uitgangspunt bij de benadering van gevallen van samenhangende rechtsverhoudingen moet mijns inziens dan ook zijn om niet meteen in één bron van verbintenis te schieten, en ook niet meteen te grijpen naar een “door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding” maar om “tastenderwijs naar ‘de’ redelijke oplossing”⁷⁰ te zoeken, een redelijke oplossing waarvoor:

“(...) een voldoende rechtvaardiging moet (...) kunnen worden gevonden in de aard van het betreffende geval, terwijl daarbij ook het wettelijk stelsel in het oog moet worden gehouden”.⁷¹

Ook als in een bepaald geval een of meerdere bronnen in aanmerking komen, geldt dat binnen die bronnen argumenten aan andere bronnen kunnen worden ontleend om tot een vruchtbare oplossing te komen. Er doen zich nu eenmaal situaties voor die men beter niet in één bron kan persen omdat dit leidt tot “betekenisverlies”, of een zekere “tunnelvisie” tot gevolg kan hebben. De verschillende bronnen moeten in open verbinding met elkaar worden gedacht om zo min mogelijk betekenisverlies te hebben. Als een geval past bij meerdere bronnen van verbintenis of bij geen enkele precies, is uit al die bronnen waarschijnlijk wijsheid te halen. Daarbij geldt echter dat de feitelijke situatie die genormeerd moet worden het uitgangspunt moet zijn: daarin ligt het recht. Dit uiterste belang van de feitelijke context moet uiteindelijk wel tot de consequentie leiden dat wij een *open systeem* van verbintenissen moeten aanvaarden. Uiteindelijk is het zo dat een verbintenis, alle dogmatiek ten spijt

“ook uit kracht van de maatschappelijke context, waarin zij is geplaatst, geboren kan worden.”⁷²

⁷⁰ Hijma 1997, p. 107 naar aanleiding van de verrijksingsactie.

⁷¹ HR 28 juni 1996, NJ 1997, 194 (*Moksel-KIV*). Hijma 1997, p. 108 geeft deze overweging van de HR weer om deze in verband te brengen met de verrijksingsvordering van art. 6: 212 BW. Hij ziet ten aanzien van de verrijksingsactie een parallel met de derdenwerking van contractuele bedingen. Systemvreemde beslissingen moeten worden voorkomen en dat vereist een onderzoek naar recht en wet, aldus Hijma.

⁷² Schoordijk 1970b, p. 232, nt. 2, verwijzend naar Otto von Gierke. Deze formulering van Schoordijk spreekt mij meer aan dan die waarin hij onder een open systeem van verbintenissen verstaat dat “er gevallen zijn, waar de billijkheid in concreto (...) de aanvaarding van een verbintenis met zich mee zou moeten brengen (...)”. Schoordijk 1979, p. 17. De maatschappelijke context is beslissend voor de erkenning van de verbintenis: dat deze vervolgens verankerd wordt in de “billijkheid” is niet steeds noodzakelijk. Productive learning en de Quint-Te Poel formule wijzen hier de weg. Vgl. ook Eggens 1950, Eggensbundel 1998, p. 362-382, p. 367: “Verbintenissen ontstaan uit overeenkomst (rechtshandeling), onrechtmatige daad, en andere (bijzondere rechts-) feiten naar gelang van omstandigheden.”

De opdracht uit het *Quint-Te Poel*-arrest (art. 6:1 BW) is vervolgens om na te gaan of deze uit kracht van de maatschappelijke context te erkennen verbintenis⁷³ past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen.

De erkenning dat de bronnen van verbintenissen in open verbinding met elkaar moeten worden gedacht is essentieel. Overeenkomst, de ongerechtvaardigde verrijking, de onrechtmatige daad zijn geen gesloten categorieën in die zin dat bijvoorbeeld het beginsel van wederkerigheid – het *do ut des* – alleen maar in contractuele verhoudingen een rol zou spelen en evenmin is het zo dat de relativiteit van de geschonden norm alleen betekenis heeft in het bereik van de onrechtmatige daad. Binnen de setting van de samenhangende rechtsverhoudingen kunnen zowel concepten uit het contractenrecht, als uit het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht hun waarde hebben. Zo zal het leerstuk van de samenhangende rechtsverhoudingen, hoezeer het zich ook in een buitencontractueel kader afspeelt, profijt kunnen hebben van het leerstuk van onderzoek- en mededelingsplichten dat zich uit het dwalingsleerstuk heeft ontwikkeld. Ook de Haviltex-maatstaf kan in buitencontractuele verhoudingen gehanteerd worden. Deze methode, waarbij in confrontatie met nieuwe gevallen vruchtbare concepten uit verschillende domeinen worden gebruikt om tot goede oplossingen te komen, is door Hugh Collins de methode van *productive learning* genoemd.⁷⁴ Collins vertrekt vanuit de (systeemtheoretische)⁷⁵ benadering dat contract en tort (om bij deze categorieën te blijven) de buitenwereld, de feitelijke wereld observeren en in zich opnemen vanuit een zekere operationele geslotenheid. Zoals een computer informatie vertaalt in “nullen en enen” zo kan het contractenrecht de buitenwereld slechts vertalen in noties als toestemming, aanbod en aanvaarding etc. Het onrechtmatige daadsrecht daarentegen selecteert op noties als onzorgvuldigheid, relativiteit en causaliteit. Collins wil deze operationele beslotenheid niet aantasten, maar meent wel dat de beide subsystemen van elkaar kunnen leren door elkaars strategieën te observeren en eventueel over te nemen:

“The objective becomes one of resistance to closure by seeking productive contributions from the alternative discourse. The suggestion is to accept the differentiation of subsystems but to avoid complete operational closure through learning from the collision of norms by introducing a productive variety of norms.”⁷⁶

⁷³ Smits 1997, p. 213-224 zou hier waarschijnlijk van pragmatische verbintenissen spreken. Hij ziet hierin het bezwaar, zoals hij adstrueert aan het vertrouwen als bron van verbintenissen, dat de rechter tot een gewenst resultaat kan komen zonder dat hij een reden geeft voor de gebondenheid. Dit leidt zijns inziens tot een ondergedetermineerde dogmatiek (p. 213) die niet langer richtinggevend of verklarend kan werken voor de in de praktijk aan te nemen verbintenissen. Hij stelt ons vervolgens voor de keuze: of we aanvaarden dat een verbintenissenrecht ontstaat los van het systeem of we passen die verbintenissen alsnog in het systeem. Ik meen niet dat een dergelijke keuze nodig is: vereist is slechts dat goed wordt gemotiveerd wat de reden voor de gebondenheid is. Dan wordt duidelijk hoe de verbintenis zich verhoudt tot het systeem, al past zij daarin niet precies.

⁷⁴ Collins 1997, p. 55-74.

⁷⁵ Collins maakt gebruik van de door Teubner gehanteerde terminologie in diens *Law as an Auto-poietic System* (1993).

⁷⁶ Collins 1997, p. 62.

Collins benadrukt daarbij dat het hier niet gaat om een “pick and mix” strategie die wordt gebruikt om tot een billijk resultaat te komen.⁷⁷ Veeleer is het zo dat in confrontatie met nieuwe gevallen geleerd kan worden van de “wijsheid” die in verschillende domeinen is opgebouwd⁷⁸ zonder daarbij tot een echte nieuw concept te komen: een nieuw begrip rechtsbetrekking bijvoorbeeld⁷⁹ of een “contort”.⁷⁹ Door de methode van productive learning blijft de integriteit van de afzonderlijke bronnen van verbintenis onaangetast, zonder dat zij tot hermetisch gesloten categorieën verworden. Ik vind dit een aantrekkelijke benadering. Vergelijkbaar met de benadering van Collins is de benadering van een andere op de *Common law* georiënteerde jurist, Stephen Waddams. Waddams⁸⁰ heeft rechtspraak uit de Commonwealth-landen onderzocht. Uit deze rechtspraak komt volgens hem naar voren dat in een substantieel aantal rechtskwesties argumenten worden ontleend aan verschillende concepten: een mix van argumenten is verantwoordelijk voor het rechtsoordeel in deze kwesties, argumenten die deels zijn ontleend aan contractenrecht, deels aan onrechtmatige daad en deels aan ongerechtvaardigde verrijking in confrontatie met de maatschappelijke werkelijkheid. Deze concepten opereren in deze rechtskwesties niet geïsoleerd van elkaar maar cumulatief en in combinatie.

“Often a legal obligation has been derived not from a single concept, but from the interaction of two or more concepts in such way as to preclude the allocation of the legal issue to a single category”.⁸¹

De complexiteit van het recht kan pas ten volle begrepen kan worden als de diverse concepten niet worden gebruikt als op zichzelf staande en volledige verklaringen voor bepaalde uitspraken, maar slechts worden gezien als benaderingen die een deel van de verklaring bieden, naast andere concepten aldus Waddams. Aan zijn inductieve analyses verbindt Waddams vervolgens de conclusie dat het recht eenvoudigweg te complex is om het in enkele eenduidige en keurig van elkaar te onderscheiden concepten te vangen. De waarde van ‘mapping’, van systematisering is dan ook gering.

Het gaat mij er hier niet om Waddams’ (impliciete) conclusie dat systematiseren weinig zin heeft te omhelzen. Het feit dat rechters hun beslissingen op diverse concepten baseren, zegt nog niet dat niet een goed systeem *kan* worden ontwikkeld, volgens welke de gegevens uit die rechtspraak alsnog kunnen worden “gemapt”. Het hoofd moet met andere woorden niet te snel in de schoot worden gelegd want de kans blijft bestaan dat die rechtspraak, hoe ongrijpbaar ook, toch te verklaren valt met behulp van nieuwe of, zo men wil, samengestelde principes. En ook al zou het zo zijn dat in een substantieel aantal gevallen, een mix van argumenten verantwoordelijk blijkt voor de eindbeslissing, doet dat aan de waarde van systematisering op zichzelf nog in het geheel niet af: in het systeem wordt belangrijke informatie opgeslagen. Waddams keert zich in zijn boek dan ook in feite tegen de tendens tot

⁷⁷ Collins 1997, p. 65.

⁷⁸ Van Erp 1990.

⁷⁹ Gilmore 1974, p. 94.

⁸⁰ Waddams 2003.

⁸¹ Waddams 2003, p. 2. Cursivering van mij, MvL.

systematisering in de op de Common law georiënteerde literatuur⁸², een tendens die in zekere zin op gespannen voet staat met het in al zijn facetten op *case law* georiënteerde stelsel, en daarom ook weerstand oproept.⁸³ De conclusie van Waddams dat systematiseren geen zin heeft lijkt mij dan ook – zacht gezegd – aanvechtbaar, maar zijn observatie dat in het recht vaak meerdere leerstukken en bronnen, tegelijkertijd en in onderlinge wisselwerking, licht werpen op de beantwoording van rechtsvragen lijkt mij ook voor het Nederlandse recht interessant en vruchtbaar. In zeker opzicht sluit het Nederlandse recht ook al aan bij deze analyse en bij de door Collins gepropageerde methode. Eerder wees ik al op enige uitspraken waarin in aansprakelijkheidskwesties argumenten worden ontleend aan het rechtshandelingenrecht en omgekeerd, en op tussenvormen in het recht.⁸⁴ Ook kan hier een parallel worden getrokken met het *vraagstuk van samenloop*. Binnen dit leerstuk wordt erkend dat wanneer een vorderingsrecht gedragen wordt door meerdere rechtsgronden, “bepalingen betreffende de ene rechtsgrond mede de aansprakelijkheid uit hoofde van de andere rechtsgrond beïnvloeden”.⁸⁵ De vermenging van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid is in ons recht dan ook geen uitzondering en kan dat ook niet zijn omdat deze aansprakelijkheidsgronden enorm naar elkaar zijn toegegroeid.⁸⁶ Maar ook buiten gevallen van samenloop, in gevallen waarin slechts één bron van verbintenis aan de orde is (en meestal is dat de onrechtmatige daad), slechts *een rechtsgrond* derhalve, geldt mijns inziens dat andere bronnen van verbintenis en de aan de hand van die bronnen ontwikkelde leerstukken vruchtbaar gemaakt kunnen worden binnen de aan de orde zijnde bron. Productive learning brengt hier met zich mee dat *binnen* de bronnen wordt erkend dat hier in wezen sprake is van *mengvormen*, van *overgangsfiguren*⁸⁷ die niet in isolatie tot een oplossing kunnen worden gebracht, maar slechts tegen de achtergrond van het gehele, rijke verbintenissenrecht. Komt de Quint Te Poel-formule strikt genomen pas aan de orde komt als geen bron van verbintenis is aan te wijzen, de methode van productive learning is bij overgangsfiguren altijd aan de orde, ook al is wel een bron aan te wijzen. Geput kan worden uit leerstukken die juist met het oog op andere bronnen zijn ontwikkeld. Bij het leerstuk van samenhangende rechtsverhoudingen is zowel de Quint-Te Poel-formule onmisbaar, als de methode van productive learning.

⁸² In het bijzonder Peter Birks heeft zich in het recente verleden gericht op systematisering. Zie P. Birks, *English private Law*, Oxford: OUP 2000. Zie ook: *The classification of obligations*, Oxford: Clarendon Press 1997. Birks verrichtte ook baanbrekende systematisch werk ten aanzien van de ongerechtvaardigde verrijking. Zie: *Introduction to the law of Restitution*, Oxford: Clarendon Press 1989.

⁸³ Zie voor deze achtergrond onder meer: Stephen Smith, ‘A map of the common law?’, *Canadian Business Law Journal*, Vol. 40 (2004), p. 364–383.

⁸⁴ Zie hoofdstuk 2, par. 3.4.

⁸⁵ Snijders 1973, p. 461. Zie ook Nieuwenhuis 1982, p. 14.

⁸⁶ Zie hoofdstuk 2, par. 3.3 en 3.4.

⁸⁷ Zie over overgangsvormen in het privaatrecht ook Nieuwenhuis 1980, p. 95–112.

Toepassing

1 Inleiding

In dit hoofdstuk wil ik mijn benadering, meer in het bijzonder de methode van open uitleg en productive learning toepassen op een aantal gevallen. Ik richt mij bij deze toepassing niet op de bekende problematiek van de doorwerking van exonerationclausules of op de problematiek van opvolgende ketenovereenkomsten. Evenmin gaat het om meerpartijenverhoudingen waarin de context min of meer afgebakend en “juridisch gekend” is, zoals wanneer het gaat om de verhouding tussen schuldeisers in een faillissement¹ of om de verhouding tussen aannemers, onderaannemers en opdrachtgevers in de bouw.² Ik richt mij op gevallen ontleend aan de rechtspraak van de Hoge Raad, waarbij de gemeenschappelijke kern van de gevallen is dat het steeds gaat het om meerpartijenverhoudingen waarin de verbintenissen van partijen en/of hun rechtsposities zodanig samenhangen dat de vraag rijst of en hoe aan deze samenhang rechtsgevolgen toegekend moeten worden. Daarmee beantwoorden deze gevallen precies aan het doel dat ik met dit proefschrift heb. Het gaat er mij om te toetsen hoe *feitelijke* samenhang, dat wil zeggen een samenhang die niet door een contract geschraagd wordt, juridisch genormeerd kan worden door een methode van open uitleg en productive learning, waarbij – in moeilijke gevallen – elementen van contract, onrechtmatige daad en de overige bronnen van verbintenissen samenkomen. Door gevallen te nemen die in de rechtspraak zijn beslist, kan ook een mogelijk verschil in benadering worden getoetst. De methode van open uitleg veronderstelt, als gezegd in hoofdstuk 3, dat het perspectief van de derdenwerking van overeenkomsten wordt verlaten. Indien rechtsbetrekkingen of rechtsposities in een meerpartijenverhouding feitelijk met elkaar samenhangen moeten deze rechtsbetrekkingen en rechtsposities ook van meet af aan in hun samenhang worden beoordeeld en niet vanuit het perspectief van de derdenwerking van een overeenkomst, waarbij één bepaald contract in de samenhangende rechtsverhouding tot uitgangspunt wordt genomen, om vervolgens te extrapoleren naar een eventuele zorgplicht jegens een derde.

2 Analyse van gevallen. Uitleg van rechtsverhoudingen.

2.1. Inleiding

Als het gaat om de wijze van beoordeling van samenhangende rechtsverhoudingen, biedt het arrest van de Hoge Raad inzake *Jans-Fiat*³ bijzonder veel inspiratie.

In dit arrest heeft de Hoge Raad de vraag of tussen een huurkoopovereenkomst van de koper met de leverancier en een financieringsovereenkomst van diezelfde koper

¹ Zie hierover Van den Heuvel 2004, p. 75-84.

² Zie Van den Berg 1990.

³ HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97, m.nt. JBMV (*Jans-Fiat*). Zie voor een diepgaande bespreking van het arrest Meijer 1998, p. 617-621 en p. 631-635.

met een financieringsmaatschappij een zodanige verbondenheid bestaat dat vernietiging of ontbinding van de huurkoopovereenkomst tot gevolg heeft dat ook de financieringsovereenkomst niet in stand kan blijven, in beginsel bevestigend beantwoord. In HR 14 januari 2000, NJ 2000, 307 (*Meissner-Arenda*) werd in het verlengde hiervan aanvaard dat het uitoefenen van een opschortingsbevoegdheid door de koper ten aanzien van de verplichtingen uit de huurkoopovereenkomst, in beginsel ook de bevoegdheid geeft tot opschorting van de verplichtingen uit de financieringsovereenkomst.

De Hoge Raad houdt in dit arrest niet halt bij de juridische vormgeving van de driepartijenrelatie (twee gescheiden contracten) maar kent betekenis toe aan de feitelijk-economische samenhang tussen de verbintenissen van partijen. Of die feitelijk-economische samenhang tot juridische samenhang moet leiden

“(...) moet worden vastgesteld aan de hand van uitleg van die rechtsverhouding in het licht van de omstandigheden.

Zijn de financieringsovereenkomst en de overeenkomst tussen de huurkoper en huurverkoper, zoals in het onderhavige geval, (nagenoeg) gelijktijdig en met medewerking van alle drie genoemde partijen tot stand gekomen, zoals bijvoorbeeld kan blijken uit het feit dat beide overeenkomsten in een akte zijn neergelegd, dan zal bij die uitleg in het bijzonder acht moeten worden geslagen op hetgeen ieder van de drie partijen van de andere partijen heeft verwacht en heeft mogen verwachten.

Voorts kan voor die uitleg van belang zijn of een vaste betrekking bestond tussen de huurverkoper en de financier dan wel of de financier regelmatig als zodanig is opgetreden ter zake van huurkoopovereenkomsten die door de huurverkoper zijn gesloten, alsmede of de huurverkoper is opgetreden als gevolmachtigde van de financier (...).”

Ik vind dit een aantrekkelijke benadering, die – óók in heel anders gestructureerde samenhangende rechtsverhoudingen – navolging verdient, en die in elk geval mij ertoe heeft aangezet samenhangende rechtsverhoudingen vanuit het brede perspectief van de (open) uitleg van rechtsverhoudingen en de methode van productive learning te benaderen. Aan de hand van analyses van een aantal arresten wil ik dit perspectief beproeven.

2.2. Het *Edah*-arrest.⁴

Het eerste arrest dat ik onder de loep neem is het *Edah*-arrest. Hier ging het om de vraag of huurders die ieder in hun respectieve overeenkomsten met de gemeenschappelijke verhuurder, het ABP, waren overeengekomen dat zij in de door hen gehuurde winkelruimte geen andere in het winkelcentrum vertegenwoordigde branche zouden uitoefenen. Deze branche-beschermingsclausule in de huurovereenkomsten was een uitvloeisel van een beding dat was opgenomen in de koopovereenkomst tussen ABP en de verkoper van het winkelcentrum (art.12 van de koopakte), waarbij ABP zich tot handhaving van de branchebescherming verplichtte. *Edah* ging in strijd met de clausule elektronische artikelen verkopen in

⁴ HR 12 oktober 1979, NJ 1980, 117 (*Radio Modern-Edah*, m.nt. G.J. Scholten).

haar winkelruimte en medehuurder Radio Modern spreekt Edah aan tot vergoeding van schade wegens onrechtmatige daad. De Hoge Raad overweegt:

“Het Hof is er (...) van uitgegaan dat Edah heeft gehandeld in strijd met de bepalingen in haar huurovereenkomst met ABP, die daarin waren opgenomen met het oog op de handhaving van de branche-bescherming, waartoe ABP zich krachtens het voormelde art. 12 jegens de ‘Stichting Koopcentrum in de Boogaard’ had verbonden. Deze bedingen waren naar de stellingen van Modern overeengekomen met het oog op de bescherming van de belangen van de huurders van bedrijfsruimte in het winkelcentrum. Ook indien men ervan uitgaat, zoals het Hof (...) doet, dat de huurders geen contractueel recht ter zake van het afdwingen van de branchebescherming jegens hun gemeenschappelijke verhuurder hadden⁵ ligt het voor de hand dat de huurders onder meer bij het aangaan van hun huurovereenkomst aan de aanwezigheid van bepalingen als voormeld aandacht zouden besteden en op de naleving door de andere huurders van overeenkomstige bepalingen in hun huurovereenkomsten zouden vertrouwen. Beschaming van dit vertrouwen zal in beginsel een vorm van onbehoorlijke concurrentie opleveren en daarmee een onrechtmatige daad jegens de mede-huurders.”

De rechtsgrond is hier de onrechtmatige daad. Binnen dit kader moet worden onderzocht of gelet op de verhouding tussen de betrokkenen en de daarbij spelende belangen op Edah de rechtsplicht rust zich ten opzichte van Modern aan het branchebeschermingsbeding te houden. De Hoge Raad neemt deze rechtsplicht aan en baseert zich daarbij uitdrukkelijk op het feit dat het beding in elke overeenkomst tussen een huurder en het ABP gold. Daarmee bevindt de casus zich op *de grens van contract en onrechtmatige daad*. De beoordeling van de onrechtmatigheid wordt in hoge mate beïnvloed door de aanwezigheid van de branchebeschermingsbedingen in de contracten met de verhuurder. Over de band van de onrechtmatige daad dient zich óók een contractskwestie aan. *Niet* in de zin dat tussen de huurders onderling eigenlijk een contract tot stand is gekomen, wél in de zin dat de rechtspositie van de huurders ten opzichte van elkaar mede wordt bepaald door de aanwezigheid van het branchebeschermingsbeding in alle contracten. Dit contractuele aspect van de casus brengt mijns inziens mee dat hier de Haviltex-maatstaf⁶ productief gemaakt kan worden. Dat het hier niet gaat om uitleg van een bilateraal contract maar om uitleg van een “groep van contracten”, een “samenhangende rechtsverhouding” een

⁵ In later jaren is voor gevallen van overlast bezorgende huurders beslist dat de andere huurders van de verhuurder kunnen vorderen dat hij de overeenkomst met de overlastgever ontbindt op straffe van aansprakelijkheid wegens wanprestatie. Zie HR 17 juni 1994, NJ 1994, 670 (*Woningbouwvereniging St. Joseph*). Zie ook Linssen 1995, p. 1268 en Du Perron 1999, p. 279.

⁶ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex*). Bij de uitleg van contractsbepalingen komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en aan hetgeen zij te dien aanzien van elkaar mochten verwachten. Vgl. ook HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (*DSM-Fox*, m.nt. C.E. du Perron). Zie ook de formulering van de Hoge Raad in HR 12 januari 2001, NJ 2001, 199 (*Steinbusch-van Alphen*). Hoe in een contract de verhouding tussen partijen is geregeld is afhankelijk van “hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten toekennen, hebben afgeleid van hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten”. Bij die uitleg speelt, aldus de Hoge Raad in dit arrest, de redelijkheid en billijkheid een rol.

“Vertragsverbund”, doet naar mijn mening niets af aan de bruikbaarheid van de Haviltex-maatstaf. Het verschil is slechts dat het niet gaat om de verklaringen “over en weer” maar om de verklaringen in de gelijkkluidende contracten met de verhuurder. De gemoduleerde Haviltex-formule houdt aldus het volgende in. Of de huurders jegens elkaar verplicht zijn tot respectering van het branchebeschermingsbeding hangt af van hetgeen:

de huurders jegens de verhuurder hebben verklaard en hetgeen zij over en weer, uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten toekennen, hebben afgeleid, en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

Toepassing van de Haviltex-maatstaf doet recht aan het gegeven dat de rechtsposities van de huurders samenhangen door middel van de contracten met de verhuurder. Het is niet alleen op het niveau van de onrechtmatige daad, niet alleen op het niveau van het individuele contract, maar juist op het niveau van de “groep van contracten” dat beproefd moet worden welke rechtsplichten op partijen rusten. Een aan de bundeling van contracten aangepaste Haviltex-formule accentueert zo dat bij een bundeling van contracten contractuele maatstaven kunnen worden aangelegd, ook als is het formele beoordelingskader de onrechtmatige daad. Toepasselijkheid van de Haviltex-maatstaf in dit type gevallen past ook bij de ontwikkelingen in het onrechtmatige-daadsrecht. Ook bij de onrechtmatige daad ziet men immers de ontwikkeling dat niet wordt geredeneerd vanuit onrechtmatigheid, schuld etc. als abstracte categorieën, maar dat eerst gekeken wordt naar de *aard van de feitelijke relatie* tussen betrokkenen, om vervolgens al dan niet tot het bestaan van een *zorgplicht* te concluderen. Door deze wijze van vraagstelling (heeft de laedens in zijn bepaalde verhouding tot de gelaedeerde de vereiste zorgvuldigheid in acht genomen: rustte in deze situatie een zorgplicht op de laedens?) en het formuleren van een antwoord daarop in de context van de onrechtmatige daad wordt de Haviltex-maatstaf dicht genaderd. Als alle omstandigheden van belang zijn bij het beoordelen van de onrechtmatigheid en daarbij de relatie tussen de betrokkenen in het middelpunt van de belangstelling staat, in die zin dat aan de hand van de bepaalde verhouding tussen de betrokkenen moet worden vastgesteld of er een zorgplicht rustte op de laedens dan is de stap naar de Haviltex-formule, *in gevallen als deze*, niet ver. Bij het bepalen van die zorgplicht zal immers vooral betekenis zal toekomen aan de betekenis die de huurders in deze constellatie aan de branchebeschermingsclausule mochten hechten. Dat toepassing van de Haviltex-maatstaf plaats moet vinden op het niveau van de bundeling van contracten is essentieel. Ik voel niet voor een benadering waarin uitsluitend wordt geredeneerd vanuit de overeenkomst die Edah met de verhuurder heeft gesloten. Dit is de benadering die A-G Franx heeft gekozen in zijn conclusie voor het *Edah*-arrest. Hij trok een parallel met het *Tandartsen-arrest*⁷ om zo tot de conclusie te komen dat het contractuele beding in de overeenkomst met de verhuurder mede strekte ter bescherming van

⁷ HR 17 januari 1958, *NJ* 1961, 568. In dit arrest werd beslist dat de overtreding van een wettelijk voorschrift dat niet strekte ter bescherming van de benadeelde derden, niettemin een relevant gezichtspunt was bij de beantwoording van de vraag of het handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid was jegens deze derden.

het belang van de andere huurders, onder wie Modern. Ook Cahen ziet in het *Edah*-arrest een voorbeeld van een geval waarin de strekking van de overeenkomst duidt op een bijzondere verantwoordelijkheid jegens derden.⁸ Deze benadering waarbij het derdenbelang wordt gebracht onder de strekking van de contractuele norm, heeft zeker iets aantrekkelijks. De derde is niet zomaar een derde maar in zekere zin “een contractueel betrokken” derde: hij vindt toch onder omstandigheden – over de band van de onrechtmatige daad – een vorm van bescherming in het contract. Toch acht ik deze benadering onbevredigend. De essentie van een geval als dit is in mijn benadering juist dat door de aanwezigheid van een *bundeling van contracten* binnen een bepaalde feitelijk-economische context (de commerciële structuur van het winkelcentrum) een rechtsverhouding ontstaat tussen de huurders onderling. Dit brengt met zich mee dat de rechtsvinding ook moet plaatsvinden op het niveau van de samenhang tussen de contracten, niet op het niveau van de individuele overeenkomst. Rechtsverhoudingen moeten in hun samenhang beoordeeld worden: het perspectief van de individuele overeenkomst, hoezeer het hier misschien ook tot dezelfde uitkomst leidt, schiet uiteindelijk tekort omdat *niet de overeenkomst beslist* over de gebondenheid van Edah ten opzichte van Modern, maar juist de samenhang tussen de overeenkomsten. Om het krachtiger te zeggen: het perspectief van de beslotenheid van de overeenkomst, moet niet mondjasmaat worden aangepast, maar radicaal worden verlaten.

Toepassing van de Haviltex-maatstaf vereist een formulering van relevante gezichtspunten. Ook hier geldt weer dat deze gezichtspunten slechts gevonden kunnen worden door een contextualistische benadering.⁹ Welke gezichtspunten relevant zijn hangt af van de feitelijke context van een geval en de aard van de juridische problematiek die aan de orde is. Zo ziet de gezichtspuntencatalogus er anders uit bij de toetsing van exoneratiebedingen¹⁰ dan bij de toetsing van de samenhang tussen een financieringsovereenkomst en een huurkoopovereenkomst.¹¹ In het *Edah*-arrest gaat het om de vraag of de posities van Edah en Modern feitelijk zozeer samenhangen dat zij aan deze samenhang over en weer rechten en plichten kunnen ontleen. Bij de beoordeling van deze rechtsvraag komt naar mijn mening bijzondere betekenis toe aan de wederkerige¹² strekking van het beding, het inzicht dat de betrokkenen in deze wederkerigheid hadden, in het licht van de feitelijk-economische context van het winkelcentrum.¹³ De wederkerigheid komt tot uiting in het feit dat in alle huurcontracten een vergelijkbare bepaling is opgenomen. Uit de hele context wordt duidelijk dat de branchebeschermingsclausules de strekking hebben de huurders ten opzichte van elkaar “in bescherming te nemen”. Door opname van het beding in alle overeenkomsten wordt beoogd deze beschermings-

⁸ Cahen 2004, p. 16.

⁹ Zie hierover Asser/Vranken 2005, p. 111-114.

¹⁰ HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin-HBU*) en HR 20 februari 1976, NJ 1978, 486 (*Van der Laan-Top*). Vgl art. 6:233 BW.

¹¹ HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 (*Jans-Fiat*).

¹² Zie ook Du Perron 1999, p. 282.

¹³ Vanzelfsprekend kunnen ook andere gezichtspunten van belang zijn zoals de hoedanigheid van partijen en rechtspolitieke factoren als verzekeringsaspecten en de bezwaarlijkheid van de zorgplicht. In hoofdstuk 6 ga ik op deze factoren in. Gaat het echter om de kernvraag naar de samenhang dan zijn mijns inziens de hier genoemde gezichtspunten de kernfactoren.

structuur vorm te geven. Edah heeft ook niet weersproken dat de branchebeschermingsbedingen deze strekking hadden en evenmin heeft zij aangevoerd dat zij zich van deze strekking niet bewust is geweest.¹⁴ Tegenover de eigen clause waarin het de exploitant verboden wordt een andere branche uit te gaan oefenen staan de vergelijkbare clauses in de contracten van anderen. Tegenover de plicht het eigen beding te respecteren staat het recht om in het winkelcentrum niet beconcurrere te worden door de medehuurlers. Het bijzondere aan de casus is dat deze wederkerigheid niet is neergelegd in één, enkelvoudig contract tussen de huurders maar dat deze is terug te vinden in de bundel van bilaterale contracten tussen verhuurder en huurders. In deze bundel van contracten (dit ‘Vertragsnetz’) wordt de beoogde structuur van het winkelcentrum en de samenwerking tussen betrokkenen nader vormgegeven: ieder neemt een prestatie op zich waar tegenover staat de prestatie van de anderen. Het feit dat deze prestatieplicht niet is opgenomen in een contract tussen de huurders of niet bij wege van derdenbeding is opgelegd doet aan het wederkerige karakter ervan niet af en evenmin aan gebondenheid. De deelnemers zijn niet gebonden omdat er tussen hen sprake zou zijn van een contract, maar omdat er sprake is van een bundel van contracten waarin hun onderlinge posities door middel van de wederkerig wekende clauses zozeer op elkaar zijn afgestemd en dat voor hen ook kenbaar was dat zij de bedingen “in redelijkheid tegen zich moeten laten gelden”.

Een andere belangrijke factor voor het aannemen van onderlinge gebondenheid is de sociaal-economische context waarbinnen de binding ter discussie staat. Binnen de commerciële structuur van het winkelcentrum is het van belang een zekere afstemming te hebben van de door de winkeliers te exploiteren economische activiteit: iedere winkelier en het winkelcentrum als zodanig heeft daar baat bij. Deze onderlinge afstemming van bedrijfsactiviteiten is een vorm van feitelijk-economische samenwerking die ook aanwezig was in het arrest *Mooijman-Netjes*.¹⁵

2.3. Ameland State. Een bijzondere samenhangende rechtsverhouding.

Dat de context van een geval maatgevend is voor de beslissing, ook in geval van samenhangende rechtsverhoudingen, toont naar mijn mening het arrest *Mink-Paques*.¹⁶

Alle kopers van een appartementsrecht in het appartementencomplex *Ameland State* hebben gelijkkluidende koop/aannemingsovereenkomsten gesloten met bouwmaatschappij Heijmerink. In de koop/aannemingsovereenkomst is een bepaling opgenomen die inhoudt dat van deze overeenkomst de voorafgaand aan de overeenkomst beschikbaar gestelde tekeningen en verkoopdocumentatie deel uitmaken. In de verkoopdocumentatie staat vermeld dat in het huishoudelijk reglement een bepaling is opgenomen die inhoudt dat verhuur van de appartementen exclusief zal

¹⁴ De Hoge Raad wijst subtiel op dit “niet-weerspreken” door Edah, doordat hij de stellingen van Modern dat deze branchebeschermingsbedingen in het huurcontract waren opgenomen met het oog op de bescherming van de belangen van de huurders, tot onderdeel van zijn cruciale rechts-overweging maakt.

¹⁵ HR 29 mei 1998, NJ 1999, 98 (*Mooijman-Netjes*).

¹⁶ HR 26 mei 2000, NJ 2000, 640 (m.nt. Kleijn).

geschieden door een professionele verhuurorganisatie: individuele verhuur is niet toegestaan. De regeling in het huishoudelijk reglement houdt echter geen stand. De Hoge Raad bepaalt namelijk dat met het oog op de voor het rechtsverkeer met betrekking tot registergoederen vereiste publiciteit een regeling omtrent het gebruik van privé-gedeelten in beginsel uit de openbare registers moet blijken en dus in het splitsingsreglement zelf moet worden opgenomen (vgl. art. 5:111 jo. art. 5:112 lid 4 BW).¹⁷ De Vereniging van Eigenaars (hierna: VvE) wil conform deze uitspraak van de Hoge Raad het beding van centrale verhuur in de akte van splitsing opnemen maar vindt – wederom – Mink op zijn weg, die weigert de vereiste medewerking voor wijziging van de akte van splitsing te geven. Art. 5:140 biedt de mogelijkheid om in plaats van de medewerking van een appartementseigenaar een vervangende machtiging van de kantonrechter te verkrijgen indien de weigering van het lid een weigering is zonder redelijke grond.¹⁸ De kantonrechter verleent deze machtiging niet, maar de rechtbank oordeelt dat Mink zonder redelijke grond zijn medewerking weigert aan opnemering in de akte van splitsing in het centrale verhuurbeding. De rechtbank overweegt hiertoe dat Mink zich contractueel heeft gebonden tot centrale verhuur waarmee volgens de rechtbank vast staat dat “van den aanvang af Mink gebonden is aan centrale verhuur”. Het hiertegen gerichte cassatiemiddel treft doel. De Hoge Raad overweegt:

“Zou de Rechtbank ervan zijn uitgegaan dat voor Mink c.s. ingevolge die overeenkomsten in verbinding met die verkoopdocumentatie een gebondenheid niet alleen jegens de wederpartij bij de overeenkomsten – Heijmerink – maar ook jegens de andere appartementseigenaars bestond, dan heeft zij hetzij miskend dat een overeenkomst alleen voor partijen rechten en plichten schept, hetzij haar beslissing onvoldoende met redenen omkleed, nu zonder nadere motivering, die evenwel ontbreekt, niet duidelijk is op grond waarvan zij heeft aangenomen dat Mink c.s. ook jegens de andere appartementseigenaars aan deze overeenkomst waren gebonden. Zou de Rechtbank hebben bedoeld tot uitdrukking te brengen dat de enkele omstandigheid dat Mink c.s. zich contractueel hadden verbonden tot centrale verhuur meebrengt, dat ook afgezien van de vraag of die contractuele gebondenheid ook jegens de andere appartementseigenaars bestond, voor hun weigering mee te werken aan de voorgestelde wijziging van akte van splitsing geen redelijke grond bestond, dan heeft zij hetzij uit het oog verloren dat voormelde omstandigheid weliswaar behoort te worden meegewogen bij de beantwoording van de vraag of een redelijke grond voor de weigering bestaat, maar niet doorslaggevend is, hetzij, als zij dit niet heeft miskend, verzuimd aan te geven welke andere omstandigheden zij bij de beantwoording van die vraag heeft betrokken en welk gewicht zij daaraan heeft toegekend.”

¹⁷ HR 10 maart 1995, NJ 1996, 594 (m.nt. Kleijn onder NJ 1996, 595).

¹⁸ Tot 1 mei 2005 was voor wijziging van de akte van splitsing de medewerking van alle appartementseigenaren vereist. Nu kan wijziging ook plaatsvinden door een gekwalificeerde meerderheid (zie art. 5:139 lid 2) met daaraan gekoppeld de mogelijkheid van vernietiging door de appartementseigenaren die niet met het besluit hebben ingestemd. Als niet alle appartementseigenaren hebben ingestemd staat ook onder de huidige regeling de weg van de vervangende machtiging open (art. 5:140).

Dit oordeel van de Hoge Raad lijkt mij juist, al denkt niet iedereen daar zo over. Kleijn is van oordeel dat hier via de figuur van de contractueel betrokken derde gebondenheid van Mink ten opzichte van Paques aangenomen moet worden en Vranken heeft verdedigd dat hier een vergelijkbare benadering als in het *Edah*-arrest mogelijk was geweest.¹⁹ Ik zie dat anders. De context is hier een heel andere dan in het *Edah*-arrest. Hier gaat het niet (althans niet uitsluitend) om een feitelijke samenwerking in het kader van een commercieel project waarbij de belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen, maar om een belangenafweging in de context van het appartementsrecht. In de wettelijke regeling van het appartementsrecht is in een zelfstandige regeling ten aanzien van deze belangenafweging voorzien. Uitgangspunt daarbij is de autonomie van de appartementseigenaar met betrekking tot het gebruik en het in gebruik geven van zijn "eigen" appartement (art. 5:120 lid 1). Op deze autonomie kan wel inbreuk worden gemaakt, maar dan moet voldaan zijn aan regels betreffende de bevoegdheden van de VvE en de wijzigingsprocedure ten aanzien van het splitsingsreglement (art. 5:139 e.v.). Aan deze strikte wijzigingsprocedure ligt de gedachte ten grondslag dat de beperkingen die aan een appartementseigenaar worden opgelegd van invloed kunnen zijn op de waarde van het appartementsrecht in het economische verkeer.²⁰ Consequentie van opname van het beding van centrale verhuur in het splitsingsreglement is immers dat het beding goederenrechtelijk effect ("zakelijke werking") heeft: na opname in de splitsingsakte zijn ook de rechtsopvolgers van Mink en Paques aan het beding van centrale verhuur gebonden. Dit goederenrechtelijke effect rechtvaardigt naar mijn mening op zichzelf al dat de obligatoire gebondenheid van Mink jegens de verkoper niet zonder meer tot de conclusie kan leiden dat Minks weigering om mee te werken aan de wijziging van de akte van splitsing redelijke grond ontbeert. Met de kantonrechter en A-G de Vries Lentsch²¹ meen ik dat hier nadere eisen moeten worden gesteld vooraleer Mink aan het beding van centrale verhuur kan worden gehouden. Zo is mijns inziens hier van belang 1) of Mink zich bij de aankoop van het appartementsrecht van de strekking van het beding bewust was 2) of te dier zake een onderzoeksplicht op hem rustte, terwijl ook van belang kunnen zijn 3) de ernst van het nadeel voor Paques en 4) de voorzienbaarheid van dit nadeel bij aankoop van het appartementsrecht.²² Maar ook *los* van de werking ten aanzien van rechtsopvolgers is mijns inziens het stellen van deze nadere eisen gerechtvaardigd. Uitleg van de rechtsverhouding tussen de appartementseigenaren leidt hier tot de conclusie dat tussen de individuele koopovereenkomsten niet een zodanig onderling

¹⁹ Vranken 2002, p. 41.

²⁰ Zie: Groene Serie Privaatrecht. Zakelijke rechten (Titel 9. Appartementsrechten) Art. 139. Aantekening 1 (Verdoes Kleijn). Zie ook zeer duidelijk Rechtbank 's-Gravenhage 4 juli 2001, *NJ* 2002, 156 (Schröder-De Vereniging van Eigenaren Bungalowpark Zonneweelde). De rechtbank oordeelt: "De waarde van een appartementsrecht is voor een groot deel afhankelijk van de wijze waarop de rechten en plichten van de appartementseigenaren zijn uitgewerkt. Daarbij is een beperking van de mogelijkheden tot ingebruikgeving van het appartementsrecht aan een ander, een belangrijk aspect. Het ligt voor de hand dat dergelijke beperkingen in het splitsingsreglement zelf worden opgenomen. Daarmee is de kenbaarheid uit de openbare registers gegarandeerd en is wijziging van het van de splitsingsakte deel uitmakende reglement met bijzondere wettelijke waarborgen omkleed."

²¹ Vgl. de conclusie van A-G de Vries Lentsch onder 5 en onder 11.

²² Vgl. in dit opzicht HR 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760 (*Curacao-Boyé*).

verband bestaat dat aan het bestaan van die overeenkomsten de rechtsgevolgen moeten worden toegekend als door Paques gevraagd. De *samenhang tussen de rechtsposities* van betrokkenen (die er natuurlijk wel degelijk is) is niet in de eerste plaats “geregeld” in de koopovereenkomsten, maar is geregeld binnen een eigen “deelrechtsorde”²³: de regeling van het appartementsrecht. De rechtsverhouding tussen de appartementseigenaren vindt niet haar grondslag in de rechtsverhoudingen tot de gezamenlijke verkoper, maar in het toetreden tot de gemeenschap van appartementseigenaren, die door haar eigen regels en beoordelingskader wordt beheerst. Dit brengt met zich mee dat de inhoud van deze rechtsverhouding moet worden vastgesteld aan de hand van allerlei factoren die in de relatie tussen de appartementseigenaren onderling een rol spelen.

In dit opzicht demonstreert naar mijn mening de casus uit het arrest *Mink-Paques* ook dat de theorie van de contractueel betrokken derde niet overal past. Annotator Kleijn verdedigt hier de toepassing van de leer van de contractueel betrokken derde. Hij redeneert dat

“elke koper die in zijn koopcontract ook de lasten en beperkingen van de verkoopbrochure op zich nam, zich had dienen te realiseren dat deze last omtrent de verhuur voor de andere kopers een (belangrijk) onderdeel van hun overweging was om het appartement te kopen en dat deze op juridische verwerkelijking daarvan mochten rekenen.”

Ik meen echter dat men in heel veel situaties – *Mink-Paques* is slechts één voorbeeld – beter helemaal niet over contractueel betrokken derden of over derdenwerking van overeenkomsten kan spreken. Tussen betrokkenen, zoals tussen Mink en Paques, bestaat een zelfstandige rechtsverhouding die niet is afgeleid van de overeenkomst van een der partijen met een ander. Het gaat erom hoe de rechtsverhouding tussen de betrokkenen uitgelegd moet worden en welke rechtsgevolgen daaraan toegekend moeten worden. Dat één of meer betrokkenen een contract hebben gesloten met een ander is wel een factor die bij die uitleg een rol kan spelen, maar lang niet altijd deze dat van derdenwerking van die overeenkomst of van een contractueel betrokken derde kan worden gesproken.

Anders dan in het *Edah*-arrest is ook het wederkerige karakter van het beding tot centrale verhuur niet aanstonds duidelijk, m.a.w. de *feitelijk-economische samenhang* tussen de beoogde prestaties van Mink en Paques noopt hier niet zonder meer tot het aannemen van gebondenheid jegens Paques. De verhouding tussen appartementseigenaren is niet gericht op het gezamenlijk behalen van winst, maar gericht op het samenwonen in hetzelfde complex, waarbij vrijheid en gebondenheid *vanuit dit perspectief* zorgvuldig met elkaar in evenwicht moeten worden gebracht. Nu het economische perspectief hier niet op de voorgrond staat verdwijnt ook het argument van het *wederzijdse profijt* naar de achtergrond. Het perspectief van de zorgplicht houdt niet in dat de een de ander al te gemakkelijk aan met “derden” ge-

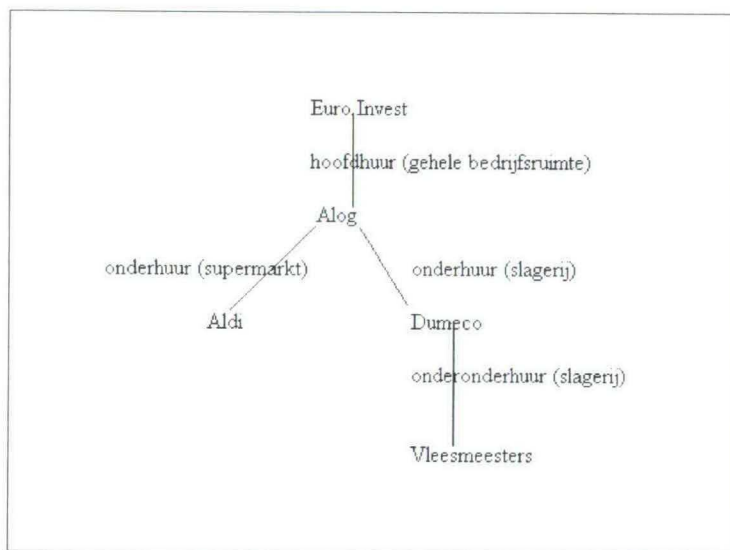
²³ Het begrip deelrechtsorde wordt ten aanzien van de vennootschap gebruikt door Van Schilfgaarde. Zie Van Schilfgaarde/de Winter 2003, nr. 1. “Wet en Statuten beschrijven een samengestelde rechtsbetrekking, nader aan te duiden als deelrechtsorde”. Iets dergelijks geldt mijns inziens ook voor het geheel van regels dat de verhouding tussen appartementseigenaren beheerst: ook hier is sprake van een samengestelde rechtsbetrekking: een deelrechtsorde.

maakte afspraken kan houden. Ook deze bevoegdheid wordt gerelativeerd in een specifieke context.

2.4. De slager in de supermarkt. Het arrest *Vleesmeesters-Alog*.²⁴

In deze casus is sprake van een gecompliceerde samenhangende rechtsverhouding. De feiten zijn de volgende.

Beleggings- en investeringsmaatschappij Euro Invest verhuurde sinds maart 1982 een bedrijfsruimte in Zierikzee aan Alog BV, een bedrijfsmatig exploitant van onroerend goed, behorend tot het Aldi-concern. In het huurcontract was de verplichting opgenomen om de bedrijfsruimte als supermarkt te gebruiken en van voldoende inventaris te voorzien. Alog verhuurt het grootste gedeelte van de bedrijfsruimte onder aan supermarktbedrijf Aldi BV. Het overige deel, bestemd voor de exploitatie van een slagerij, wordt in april 1982 onderverhuurd aan Dumeco Retail BV, die dit gedeelte m.i.v. 13 december 1993 op zijn beurt onderverhuurt aan Vleesmeesters. De contractuele verbandingen zien er aldus als volgt uit:



In de (onder)onderverhuurovereenkomsten is niets bepaald over het in stand houden van een supermarkt in de bedrijfsruimte. Aldi verplaatst de supermarkt naar een andere locatie. Vleesmeesters blijft alleen achter en ziet zich, anderhalf jaar na het feitelijke vertrek van Aldi, genoodzaakt de winkel te sluiten vanwege toenemende verliezen. Uiteindelijk wordt de huurovereenkomst tussen Euro Invest en hoofdhuurder Alog beëindigd omdat Alog in strijd met de bepalingen van die overeenkomst niet langer een supermarkt exploiteert. Een vordering tot ontruiming van Euro Invest tegen Alog en Vleesmeesters wordt toegewezen. Vleesmeesters vordert schadevergoeding van Alog op grond van onrechtmatige daad. De slagerij bepleit dat Alog door de feitelijke exploitatie van de supermarkt te staken niet alleen wan-

²⁴ HR 24 september 2004, *RvdW* 2004, 108.

prestatie pleegt jegens de verhuurder, maar ook een onrechtmatige daad jegens Vleesmeesters omdat Alog, bij haar beslissing tot het verplaatsen van de supermarkt, rekening had dienen te houden met de belangen van de onder-onderhuurder, Vleesmeesters, door ofwel aan Vleesmeesters vervangende bedrijfsruimte aan te bieden op de nieuw locatie van Aldi, ofwel Vleesmeesters schadeloos te stellen voor de voorzienbare schade die zij zou lijden als gevolg van het tussentijdse vertrek van Aldi.

Benadering van de Hoge Raad.

De Hoge Raad beantwoordt de vraag of van onrechtmatig handelen van Alog jegens Vleesmeesters sprake is vanuit het perspectief van de wanprestatie van Alog jegens Euro Invest. De onbehoorlijke naleving van de hoofdhuurovereenkomst wordt tot uitgangspunt van de redenering genomen. De Hoge Raad oordeelt:

“Bij de beoordeling van het (...) middel wordt het volgende vooropgesteld. Wanneer iemand zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contractverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen worden verbonden, staat het hem niet onder alle omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben (vgl. HR 3 mei 1946, NJ 1946, 323). Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen zulks meebrengen, zal de rechter de terzake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en de strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling.”

De HR acht vervolgens de klacht over een onbegrijpelijke motivering van het hof gegrond, omdat het hof geen kenbare aandacht heeft besteed aan de vraag of Vleesmeesters in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs erop mocht vertrouwen dat haar belangen door Alog zouden worden ontzien en evenmin in dat kader de ter zake dienende omstandigheden van het geval kenbaar heeft afgewogen.

Hoewel de uitkomst van het arrest van de Hoge Raad bevredigend is, meen ik toch dat de rechtsvraag op een andere wijze benaderd moet worden dan de Hoge Raad doet. De Hoge Raad legt het accent op het niet-naleven van de hoofdhuur-

overeenkomst door Alog om van daaruit te extrapoleren naar een eventuele zorgplicht jegens Vleesmeesters. Dit is naar mijn mening echter het verkeerde accent omdat de factoren die de hoofdhuurovereenkomst betreffen en die door de Hoge Raad als relevant worden bestempeld, naar mijn mening juist geen functie hebben bij het beantwoorden van de rechtsvraag. Het betreft hier de factoren (1) aard en strekking van de hoofdhuurovereenkomst en (2) de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken.

(1) Bezieet men de *aard en strekking van de overeenkomst* tussen Alog en Euro Invest dan kan vastgesteld worden dat het een huurovereenkomst met betrekking tot bedrijfsruimte betreft waarin tevens expliciet een exploitatieplicht is opgenomen. Een dergelijke exploitatieplicht wordt ten aanzien van bedrijfsruimte over het algemeen aangenomen, ook in het geval dat deze niet met zoveel woorden in de huurovereenkomst is opgenomen.²⁵ Ratio van de exploitatieplicht is onder meer dat bij niet-exploitatie van de bedrijfsruimte verloedering dreigt en het pand in (beleggings-c.q. verhuur-) waarde vermindert. Wanneer het leegstaande pand deel uitmaakt van een winkelcentrum bedreigt dit risico op de korte of lange duur het gehele complex, waardoor ook de waarde van de omliggende panden vermindert.²⁶ Aldus strekt de contractuele norm waarbij Alog verplicht is tot daadwerkelijke exploitatie allereerst en vanzelfsprekend ter bescherming van het financiële belang van belegger/verhuurder Euro Invest: deze is ermee gebaat dat een huurder in het pand een – liefst florerend – bedrijf uitoefent. In het cassatiemiddel brengt Vleesmeesters echter naar voren dat als gevolg van de *winkel-in-winkel-constructie* de verplichting tot exploitatie in de hoofdhuurovereenkomst mede strekt ter bescherming van de belangen van Vleesmeesters. Mijn bezwaar tegen deze benadering is dat de redenen waarom de strekking van de contractuele norm (de exploitatieplicht in de hoofdhuurovereenkomst) ook het derdenbelang van Vleesmeesters zou omvatten, geheel en al gelegen zijn in de relatie tussen Alog (en Aldi) en Dumeco en Vleesmeesters en eigenlijk niets van doen hebben met de hoofdhuurovereenkomst. Verhuurder Euro Invest en Vleesmeesters hebben ieder een eigen, zelfstandig en ook anders geaard en gegrond belang bij het daadwerkelijke gebruik van de supermarkt: de verhuurder vreest de achteruitgang in waarde van het pand en dit belang vindt bescherming in de in het hoofdhuurcontract opgenomen exploitatieplicht. Slagerij de Vleesmeesters vreest verlies aan omzet omdat de Aldi nu eenmaal veel winkelend publiek trekt, dat bij vertrek van de Aldi voor een aanzienlijk deel weg zal blijven. Dit wordt veroorzaakt door de *winkel-in-winkel constructie*, die echter niet ten grondslag ligt aan de hoofdhuurovereenkomst (in die overeenkomst ging het om de verhuur van de totale bedrijfsruimte aan één huurder, Alog) maar die

²⁵ Handboek Huurrecht, aantekening 16a bij art. 7: 213 (bewerkt door C.L.J.M. de Waal); M. Nijenhuis, 'De exploitatieverplichting van huurders van winkelruimten', *WR* 2003/3, p. 57-60, p. 57. Zie ook Asser-Abas 5-II (huur en pacht), nr. 43; M.F.A. Evers, *Huurrecht Bedrijfsruimten*, Deventer, 2003, p. 98; R.A. Dozy en Y.A.M. Jacobs, *Hoofdstukken huurrecht voor de praktijk*, 1999, p. 419. Zie voorts o.m. de navolgende rechtspraak waarin de niet-exploitatie van de bedrijfsruimte onderwerp was van geschil: Pres. Rb. 's-Hertogenbosch, 28-12-1972, PRG 1974/922; Pres. Rb. Zutphen, 5 november 1996, *WR* 1997/37; Voorz. rechter Rb. Zutphen 7 april 2004, *WR* 2004/76.

²⁶ Zie de in de vorige noot vermelde vindplaatsen.

ten grondslag ligt aan de overeenkomst tussen Dumeco en Alog en waar de verhuurder Euro Invest, behoudens het feit dat hij toestemming moet hebben gegeven voor de onderhuur²⁷ buitenstaat. Maar als de feiten en omstandigheden op grond waarvan al dan niet een zorgplicht jegens Vleesmeesters moet worden aangenomen gevonden moeten worden in de rechtsverhouding tussen Alog (Aldi), Dumeco en Vleesmeesters, hetgeen ik verdedig, dan is het mijns inziens onzuiver om niettemin de aard en strekking van de hoofdhuurovereenkomst als relevante factor aan te duiden. Het is dan eerder een overbodige factor, omdat deze niet wezenlijk bijdraagt aan de beantwoording van de rechtsvraag. Het volle accent moet liggen op de onderlinge rechtsposities van Alog, Aldi en Dumeco en Vleesmeesters die op elkaar zijn afgestemd via de onderhuurrelaties aangegaan op basis van de winkel-in-winkel-constructie. Zoals gezegd: de hoofdverhuurder staat daar buiten.

(2) Ook de wijze waarop de belangen van de derde (Vleesmeesters) bij de hoofdhuurovereenkomst zijn betrokken werpt niet veel licht op de beantwoording van de rechtsvraag. Het feit dat Vleesmeesters een evident belang heeft bij naleving van de exploitatieplicht in de hoofdhuurovereenkomst en dit voor Alog ook kenbaar was, is onvoldoende voor het aannemen van een zorgplicht jegens Vleesmeesters. Wil de wijze waarop het derdenbelang met de hoofdhuurovereenkomst verbonden is een werkelijk wezenlijke factor zijn, dan is vereist dat er een zeker 'normatief' verband²⁸ is tussen de verplichting tot exploitatie in de hoofdhuurovereenkomst Alog en een eventuele zorgplicht van Alog jegens Vleesmeesters: dat normatieve verband is er pas als de aanvaarding van een zorgplicht jegens Vleesmeesters in belangrijke mate berust op het gegeven dat Alog zich jegens Euro Invest tot daadwerkelijke exploitatie heeft verbonden.²⁹ Dit normatieve verband tussen de contractuele plicht en de zorgplicht jegens een derde was er wel in het arrest *Staat-Degens*³⁰: Degens voldeed niet aan haar contractuele leveringsplicht jegens Ariba en dat was onder de gegeven omstandigheden onrechtmatig jegens de Staat. De wanprestatie was daar medeconstitutief voor de onrechtmatige daad: zonder de wanprestatie was er geen onrechtmatige daad geweest.³¹ Hier is dat anders: een eventuele zorgplicht jegens Vleesmeesters berust mijns inziens niet (mede) op de overeenkomst tussen Alog en Euro Invest. Als die zorgplicht er is, berust deze op de relatie tussen Alog, Aldi, Dumeco en Vleesmeesters. Er is wel – in de bewoordingen van advocaat-generaal Timmerman – een zekere samenhang tussen naleving van de hoofdhuurovereenkomst en een zinvolle voortzetting van de onderhuurovereenkomst door Vleesmeesters³² (als Alog zich had gehouden aan de exploitatieplicht in de hoofdhuur-

²⁷ Art. 7A:1595 lid 1 oud-BW. In het huidige huurrecht is (behalve in geval van huur van woonruimte) de huurder bevoegd tot onderhuur en ander gebruik aan een ander, tenzij hij moest aannemen dat de verhuurder tegen het in gebruik geven aan die ander redelijke bezwaren zal hebben. Zie art. 7:221 BW.

²⁸ Du Perron 1999, p. 270 spreekt over een normatief verband tussen de zorgplicht en de contractuele context wanneer de zorgplicht jegens de derde in belangrijke mate berust op het gegeven dat de met de zorgplicht belaste partij zich jegens haar wederpartij tot een bepaalde prestatie heeft verbonden.

²⁹ Zie Du Perron 1999, p. 270.

³⁰ HR 3 mei 1946, NJ 1946, 323

³¹ Vgl. Du Perron 1999, p. 258-259.

³² Conclusie onder 2.12.

overeenkomst was er geen probleem geweest), maar niet een die werkelijk mederevendend is voor het al dan niet aanvaarden van een zorgplicht van Alog jegens Vleesmeesters. Ook als Euro Invest niet zou hechten aan het daadwerkelijk (doen) exploiteren van de supermarkt door Alog en leegstand in de verhouding tot Euro Invest zou zijn toegestaan en *mitsdien geen wanprestatie zou opleveren*, is het nog zeer wel mogelijk dat Alog jegens Vleesmeesters een onrechtmatige daad pleegt door de bedrijfsruimte leeg te laten staan, en evenzeer is het mijns inziens zo dat de wel gepleegde wanprestatie van Alog jegens Euro Invest nog niets zegt over een eventuele zorgplicht jegens Vleesmeesters.

Eigen benadering.

Ik verlaat dan ook de benadering uit het arrest *Staat-Degens* en beschouw de rechtsvraag veel onafhankelijker van de wanprestatie van Alog jegens Euro Invest, door rechtstreeks, zonder tussenkomst van die wanprestatie, na te gaan of in de omstandigheden van het geval op Alog jegens Vleesmeesters de zorgplicht rust als in het cassatiemiddel verdedigd. In deze benadering worden van meet af aan de rechtsverhoudingen tussen Alog (hoofdhuurder), Aldi (onderhuurder van de supermarkt), Dumeco en Vleesmeesters (resp. onderhuurder en onderonderhuurder van de slagerij) in het centrum van de beslissing geplaatst en uitgelegd. Bij deze uitleg komt naar mijn mening allereerst betekenis toe aan de *feitelijke afstemming* van de onder(onder)huurrelaties op elkaar, of beter op de feitelijke afstemming van de door de diverse onderhuurovereenkomsten mogelijk gemaakte bedrijfsuitoefening van resp. supermarkt en slagerij op elkaar.³³ Het gaat hier als gezegd om een winkel-in-winkel-constructie: een gedeelte van de bedrijfsruimte wordt (onder-)verhuurd aan een op een deelgebied gespecialiseerde en voor eigen rekening en risico handel drijvende detaillist. In een aan de kantonrechter voorgelegd geval³⁴ waarin de huurder en feitelijk gebruiker³⁵ van de supermarkt tevens de onderverhuurder was van de slagerij en de supermarkt eveneens vertrok naar een andere locatie oordeelde de kantonrechter dat de aard van de onderhuurovereenkomst met de slagerij meer meebracht dan enkel het beschikbaar stellen van bedrijfsruimte. Tussen de supermarkt en de slagerij bestaat ook een vorm van *samenwerking* in die zin dat de slagerij enerzijds profiteert van het winkelende publiek van de supermarkt en anderzijds de supermarkt profiteert van completering van haar eigen aanbod waardoor de aantrekkingskracht voor het winkelende publiek wordt vergroot. In dat geval ging de samenwerking nog wat verder dan in onze casus, doordat ook afspraken werden gemaakt over formules, aanbiedingen e.d. Dit alles bracht de kantonrechter tot het oordeel dat de huurder van de supermarkt krachtens de aard van de onderhuurovereenkomst de slagerij niet mocht achterlaten in de oude locatie en verplicht was de slagerij mee te laten verhuizen naar de nieuwe locatie, zolang niet in een bodemprocedure over reguliere beëindiging van de onderhuurovereenkomst was beslist. Hoewel de samenwerking tussen Aldi en Vleesmeesters in ons geval minder

³³ Zie hierover M.F.A. Evers, *Huurrecht bedrijfsruimten*, Deventer 2003, p. 18-20. Zie ook: A. van Hees, 'De 'huur' van een winkel in een winkel', *WPNR* 8476 (1988), p. 561- 566.

³⁴ Kantongerecht 's-Gravenhage, 4 november 1998, *PRG* 1999/5123.

³⁵ De complicatie in onze casus dat de huurder de supermarkt heeft onderverhuurd deed zich daar dus niet voor.

ver gaat dan in de door de kantonrechter besliste casus meen ik, met de kantonrechter, dat de winkel-in-winkel-constructie, geredigeerd door *spilfiguur* Alog, duidt op feitelijke afstemming van de prestaties en een zekere verantwoordelijkheid ten opzichte van de onder-onderhurende slagerij meebrengt.

Voorts komt betekenis toe aan de handelwijze van Alog met betrekking tot de met Aldi gesloten onderhuurovereenkomst, welke handelwijze direct gevolgen heeft gehad voor de rechtspositie van Dumeco en Vleesmeesters, en welke handelwijze ook niet los gezien kan worden van de verbondenheid tussen Alog en Aldi, die beide tot het Aldi-concern behoorden. Feit is dat Alog Aldi bij haar feitelijk vertrek geen strobreed in de weg heeft gelegd. Dat zij dat niet heeft gedaan zal te maken hebben met het feit dat Alog Aldi, als behorend tot hetzelfde concern, goedgezind zal zijn geweest. Dat mag, maar men mag daarbij niet onder alle omstandigheden de belangen van derden verwaarlozen. Mijns inziens is dit laatste echter wel gebeurd en is verdedigbaar dat Alog wanprestatie pleegt jegens Dumeco door, na het vertrek van Aldi, met voorbijgaan aan de belangen van Dumeco en Vleesmeesters, niet te zorgen voor feitelijke exploitatie van het supermarktgedeelte en evenmin een redelijke compensatie te bieden aan Vleesmeesters. Ik wijs op de aard van de onderhuurovereenkomst³⁶ met Dumeco, waarvoor kenmerkend is dat er een bijzondere afstemming is op de aanwezigheid van de supermarkt (winkel-in-winkel). Uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid vloeit mijns inziens naar de aard van deze overeenkomst voort, dat Alog gehouden was om zorg te dragen voor exploitatie van het supermarktgedeelte³⁷ dan wel een redelijk aanbod tot compensatie te doen, in plaats van het op een ontruiming aan te laten komen. In dit verband valt te wijzen op een arrest van het Gerechtshof Arnhem, waarin dit hof oordeelde dat een verhuurder van een snackbar die zelf een snackbar begon op een steenworp afstand van het verhuurde wanprestatie pleegde jegens de huurder, ook al was in de huurovereenkomst geen anticoncurrentiebeding opgenomen. Het stond de verhuurder, in verband met de eisen van de redelijkheid en billijkheid niet vrij een situatie in het leven te roepen die in feite kon leiden tot het illusoir worden van het huurgenot.³⁸ Door de supermarkt te laten leegstaan, zonder aan Vleesmeesters een redelijk aanbod tot compensatie te doen, heeft Alog een situatie in het leven geroepen, althans laten ontstaan, waardoor het huurgenot van Dumeco en Vleesmeesters in feite illusoir is gemaakt, en dit voor Alog ook kenbaar was. Dit is in strijd met de eisen van de redelijkheid en billijkheid die Alog krachtens de aard van de onderhuurovereenkomst, die wordt gekenmerkt door de winkel-in-winkelconstructie jegens Dumeco in acht moet nemen. Nu het belang van Dumeco zich op voor Alog kenbare wijze heeft verplaatst naar Vleesmeesters is dit jegens Vleesmeesters in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Verdedigbaar is ook dat Alog in de gegeven omstandigheden Aldi aan haar verplichting tot exploitatie had moeten houden en niet had mogen instemmen met het feitelijk vertrek en/of tussentijdse beëindiging, zolang de overeenkomst niet op reguliere wijze, dat wil zeggen met inachtneming van de nog geldende huurtermijn, was beëindigd. In dit opzicht doet zich een parallel voor met een in 1990 gewezen arrest over de beëin-

³⁶ Zie het vonnis van de Kantonrechter 's-Gravenhage, *PRG* 1999/5123.

³⁷ In deze zin ook M. Nijenhuis, 'De exploitatieverplichting van huurders van winkelruimten', *WR* 2003/3, p. 57-60, p. 58-59.

³⁸ Gerechtshof Arnhem 12 maart 1984, *NJ* 1985, 97.

diging van een verzekeringsovereenkomst waardoor een voormalige assurantietussenpersoon provisie misliep.³⁹ De Hoge Raad oordeelde in dat arrest dat onder bijzondere omstandigheden

“een verzekeraar die onverplicht aan tussentijdse beëindiging van de verzekeringsovereenkomst meewerkt, daarbij rekening heeft te houden met de gerechtvaardigde belangen van de tussenpersoon, in die voege dat hij onrechtmatig handelt zo hij niet zorg draagt dat die tussenpersoon een zekere compensatie voor het verlies van die provisieaanspraak ontvangt.”

Mijns inziens doen zich hier bijzondere omstandigheden voor die maken dat Alog wanprestatie pleegt jegens Dumeco, en een onrechtmatige daad jegens Vleesmeesters, nu zij het belang van Aldi heeft laten prevaleren, zonder daar enige compensatie aan Vleesmeesters tegenover te stellen. De bijzondere omstandigheden zijn gelegen in de feitelijke verbondenheid van de beide onderhuurovereenkomsten en de aard van de onderhuurovereenkomst met Dumeco (winkel-in-winkel) waarmee de belangen van Vleesmeesters op voor Alog kenbare wijze waren betrokken. Bovendien speelt de verbondenheid tussen Aldi en Alog, als behorend tot hetzelfde concern een rol. Hier bestaat toch iets van een “concern-gevaar” in de zin dat het concern het risico in het leven roept dat een concernmaatschappij het concernbelang te veel op de voorgrond stelt en daardoor de belangen van de wederpartij schaadt. Dit risico heeft zich naar mijn mening door de handelwijze van Alog en Aldi verwezenlijkt.

De hierboven genoemde feiten en omstandigheden zijn mijns inziens in beginsel doorslaggevend voor het oordeel dat Alog jegens Vleesmeesters onrechtmatig heeft gehandeld. Toch moet hier nog tegenwicht geboden worden. In dit verband zijn vijf van de factoren die de Hoge Raad noemt – waarvan er vier rechtstreeks zijn ontleend aan Du Perron⁴⁰ – bij uitstek van belang. Het gaat dan om (1) de hoedanigheid van alle partijen, (2) de vraag in hoeverre het voor de contractant (Alog) bezwaarlijk was om met de belangen van de ‘derde’ (Vleesmeesters) rekening te houden, (3) de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en (4) de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, almede (5) de redelijkheid van eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling. Invulling en weging van deze vijf factoren is van belang om te kunnen bepalen hoeveel aansprakelijkheid men uiteindelijk wil. Deze vijf factoren staan in ook in nauw onderling verband, omdat zij alle vijf, ieder met zijn eigen accent, betrekking hebben op de vraag *hoe beschermenswaardig* men de positie van – in dit geval Vleesmeesters – acht, en wat in dit verband van de betrokkenen in de samenhangende rechtsverhouding verwacht mag worden: had Vleesmeesters zich in moeten dekken tegen deze schade, of slaat de weegschaal door ten gunste van een zorgplicht voor Alog? Het is in dit verband dat Du Perron – mijns inziens terecht – aandacht gevraagd heeft voor het feit dat “sommige derden (...) meer behoefte (hebben) aan bescherming dan anderen”⁴¹, en dat men van derden die beroepshalve of bedrijfs-

³⁹ HR 11 mei 1990, NJ 1991, 151 (*Van Rossem-Haagman assuradeuren*, m.nt. Mendel).

⁴⁰ Du Perron 1999, p. 283-291, p. 295-302.

⁴¹ Du Perron 1999, p. 299.

matig bij een prestatie zijn betrokken in dit opzicht meer mag verwachten dan van particularieren. Du Perron:

“Mijns inziens kan men daarom tot uitgangspunt nemen dat indien een professionele betrokken derde een aanspraak op zorg wil die vergelijkbaar is met de rechten van een van de partijen bij een overeenkomst, hij zich daarover met de wederpartij dient te verstaan. Laat hij dat na, dan moet het recht hem niet – gratis – alsnog de gewenste bescherming verlenen, en daarmee de (potentiële) aansprakelijkheidslast voor de met de zorgplicht belaste partij verzwaren, tenzij andere omstandigheden een afwijking van het uitgangspunt rechtvaardigen.”⁴²

Du Perron spreekt hier van een *uitgangspunt*, terwijl ik liever van een *gezichtspunt* zou willen spreken. Het uitgangspunt is in het licht van de zorgvuldigheidsnorm geheel blanco. Steeds moet op grond van alle omstandigheden van het geval beoordeeld worden of een zorgvuldigheidsnorm geschonden is. Maar het is wel een belangrijk gezichtspunt, dat ook in de Duitse en Engelse rechtspraak een rol van betekenis speelt.⁴³ In de Duitse rechtsleer wordt zelfs meer en meer van de eis van *Schutzbedürftigkeit* gesproken.⁴⁴ Toch meen ik dat in de omstandigheden van dit geval de weegschaal doorslaat ten gunste van een zorgplicht van Alog. Natuurlijk hadden Dumeco en Vleesmeester er goed aan gedaan expliciet contractuele voorzieningen te treffen die hen zouden beschermen tegen leegstand van de supermarkt zonder schadeloosstelling. Dit gezichtspunt boet echter aan belang in naarmate andere factoren duidelijker in de richting van onrechtmatig handelen van Alog wijzen. Het kan immers niet de bedoeling zijn dat men van iemand ‘vergt’ dat hij zich bij voorbaat indekt tegen mogelijk onrechtmatig handelen van een ander. Naar mate meer omstandigheden in de richting van onrechtmatig handelen wijzen wordt dan ook het gewicht van ‘de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling’ groter.

Tussen Alog, Aldi, Dumeco en Vleesmeesters bestond – hoe men het ook wendt of keert – als gevolg van de winkel-in-winkel-constructie een op een zekere duurzaamheid gerichte feitelijk-economische relatie. Dat aan abrupte beëindiging van een dergelijke relatie onder omstandigheden een zeker ‘prijskaartje’ hangt, is mijns inziens alleszins verdedigbaar en niet zonder precedenter. Uit het hiervoor besproken arrest ten aanzien van de gewezen assurantietussenpersoon⁴⁵ volgt dat onder bijzondere omstandigheden, waarin men rekening heeft te houden met de gerechtvaardigde belangen van een ander, het niet aanbieden van enige compensatie kan leiden tot de conclusie dat sprake is van onrechtmatig handelen. Het niet aanbieden van compensatie is hier een constitutief element van de onrechtmatigheid.⁴⁶ Het onrechtmatigheidsoordeel berust op een waardering van een samenstel van feiten en omstandigheden die in hun onderling verband en gewicht moeten worden gezien, en waarvan het al dan niet aanbieden van een redelijke compensatie er één is. De Hoge Raad heeft het gezichtspunt van het al dan niet aanbieden van schadeloos-

⁴² Du Perron 1999, p. 299.

⁴³ Zie hierna hoofdstuk 6.

⁴⁴ BGH, NJW 1996, 2927. Zie ook hoofdstuk 6, paragraaf 4.3.2.

⁴⁵ HR 11 mei 1990, NJ 1991, 151 (*Van Rossem-Haagman assuradeuren*, m.nt. Mendel).

⁴⁶ Zie in deze zin ook de noot van Mendel onder het in de vorige noot vermelde arrest.

stelling ook gehanteerd (althans gesanctioneerd) in het *Aalscholvers*-arrest, aangaande de aansprakelijkheid van de overheid jegens een ondernemer die hinder ondervond van een door de overheid instandgehouden aalscholverkolonie⁴⁷ en in het *Osby*-arrest betreffende aansprakelijkheid van de moedermaatschappij jegens de crediteuren van de dochter.⁴⁸ In het licht van deze jurisprudentie is het mijns inziens alleszins verdedigbaar om te oordelen dat Alog, gelet op; 1) de feitelijke afstemming van de prestaties, die door Alog zelf tot stand was gebracht; 2) de aard van de verhouding tussen Alog, Aldi en Vleesmeesters en de daarbij betrokken feitelijk-economische machtspositie van de Aldi-partijen; 3) het feit dat zij geen redelijke compensatie heeft geboden, onrechtmatig heeft gehandeld jegens Vleesmeesters.

2.5. Het *Caribic*-arrest⁴⁹. Een feitelijke rechtsbetrekking.

Het geval van de villa-eigenaren op St. Maarten is een geval van samenhangende rechtsverhoudingen, dat zich nu eens niet afspeelt over de band van de onrechtmatige daad.

Het gaat hier om een villacomplex dat bestaat uit 12 villa's. Projectontwikkelaar en beheerder Town House NV heeft 11 villa's verkocht en geleverd aan derden en Caribic is in 1994 van een van de villa's eigenaar geworden. De twaalfde villa is, evenals de gronden bij het project zoals de tuin, toegang, omheining en zeewering (de zogenaamde gemeenschappelijkheden) eigendom van Town House NV. In 1994 wordt de Stichting Town House Development opgericht waarin alle villa-eigenaren participeren, behalve Caribic en Town House NV. Doel van de Stichting is het onderhoud en beheer van de gemeenschappelijkheden, waartoe aan de deelnemers een bijdrageplicht wordt opgelegd. Caribic weigert bij te dragen en de Stichting vordert betaling van Caribic. Het gaat om een bijdrageplicht van ca. 350 dollar per maand. Het Gerecht in eerste Aanleg wijst de vordering van de Stichting toe op grond van ongerechtvaardigde verrijking, maar slechts zeer gedeeltelijk. Voor zover Caribic het niet opgedrongen genot heeft gehad van de weldaden van de Stichting zonder daar betaling tegenover te stellen is sprake van ongerechtvaardigde verrijking, aldus het Gerecht, en dat is alleen het geval ten aanzien van het gebruik van een 'septic tank'. Het hof daarentegen wijst de vordering van de stichting integraal toe. Daartoe verandert het hof van front: de vordering van de Stichting wordt niet beoordeeld op grond van ongerechtvaardigde verrijking maar op basis van een tussen de villa-eigenaren bestaande *door de goede trouw beheerste rechtsverhouding*. Deze brengt, aldus het hof, onder meer mee dat de kosten gemoeid met al die voorzieningen die redelijkerwijs noodzakelijk zijn om het villacomplex naar behoren aan zijn woon- of gebruiksbestemming te laten voldoen, in evenredigheid voor rekening van alle villa-eigenaren dienen te komen, *ook al staat het Caribic vrij om buiten de stichting te blijven*.

De Hoge Raad komt niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van de zaak omdat naar zijn oordeel sprake is van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing van het hof.⁵⁰

⁴⁷ HR 15 februari 1991, NJ 1992, 639 m.nt. Brunner.

⁴⁸ HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 m.nt. Maeijer.

⁴⁹ HR 21 december 2001, NJ 2004, 34 (*Panama Caribic-Town House*) m.nt. Asser.

⁵⁰ De Hoge Raad komt tot dit oordeel vanwege de onbegrijpelijke uitleg door het hof van de grief van de Stichting tegen het vonnis van het Gerecht in eerste aanleg. Het hof had nl. de grief van de

Een inhoudelijk oordeel over het arrest van het hof bevat wel de conclusie van A-G Hartkamp die niet meent dat sprake is van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing. Hartkamp schaaft zich achter het oordeel van het hof dat Caribic (integraal) bij moet dragen aan de kosten van de gemeenschappelijkheden. Weliswaar geeft het oordeel van het hof dat sprake is van een “door de redelijkheid en billijkheid beheerste” rechtsverhouding niet zonder meer voldoende richting als het gaat om het antwoord op de vraag welke rechten en verplichtingen bestaan tussen degenen die bij de rechtsverhouding zijn betrokken, maar, zegt Hartkamp, in het onderhavige geval heeft het hof (indachtig de formulering van de Hoge Raad in het arrest *Quint-Tè Poel*) aansluiting gezocht bij twee in de wet geregelde gevallen, te weten de wettelijke regeling van het appartementsrecht en de regeling van de ongerechtvaardigde verrijking, en aldus de redelijkheid en billijkheid “geconcretiseerd”.⁵¹ Naar het oordeel van Hartkamp moet het vonnis van het hof dan ook standhouden: hij concludeert tot verwerping van het beroep.

Mijn benadering.

De casus behoort tot de gevallen waarin iemand feitelijk (zonder overeenkomst) prestaties heeft verricht die direct aan een ander (in dit geval Caribic) ten goede komen. Dat dan onder omstandigheden een betalingsplicht rust op de ontvanger van de prestaties is in ons recht onomstreden en de wegen waarlangs een betalingsplicht kan worden geconstrueerd zijn even divers als er bronnen van verbintenissen zijn.⁵² Het Gerecht in eerste Aanleg volgt de weg van de ongerechtvaardigde verrijking, het hof die van een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding tussen de villa-eigenaren en de A-G ten slotte is van oordeel dat het hof zijn beslissing in wezen heeft geënt op de regeling van de ongerechtvaardigde verrijking en hij stemt daarmee in. Bakels⁵³ heeft voorts nog de weg van de overeenkomst, de weg van de onrechtmatige daad en die van de zaakwaarneming geopperd. Het gaat hier met andere woorden om een verbintenis (de bijdrageplicht) waarmee men niet heel goed raad weet maar die kennelijk *bij bijna alle* bronnen van verbintenis is onder te brengen.

Stichting uitgelegd alsof deze was gericht tegen het door het gerecht aangelegde criterium van ongerechtvaardigde verrijking, terwijl deze grief, dat was mijns inziens zonneklaar, slechts zag op de wijze waarop het gerecht het criterium van de ongerechtvaardigde verrijking had toegepast. Op een dergelijke uitleg hoefde Caribic niet bedacht te zijn en daartegen heeft zij zich dan ook onvoldoende kunnen verweren. Zie hierover ook de noot van Asser onder het arrest.

⁵¹ Dat Hartkamp dit een aantrekkelijke benadering vindt is, zoals hij ook zegt in zijn Conclusie, niet verwonderlijk. Het sluit aan bij zijn betoog over de ongerechtvaardigde verrijking als concretisering van de redelijkheid en billijkheid in zijn rol bij de uitleg van overeenkomst en in zijn aanvullende en beperkende werking. Zie hierover: A.S. Hartkamp, ‘Ongerechtvaardigde verrijking naast overeenkomst en onrechtmatige daad’, *WPNR* 6640-6641 (2001), p. 311-317 en p. 327-334.

⁵² Zie bijv. HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 700 (*Azivo-GGD*) voor de weg langs de onrechtmatige daad en HR 15 maart 1996, *NJ* 1997, 3 (*Van der Tuuk Adriani-Batelaan*) voor de weg van de ongerechtvaardigde verrijking. Zie voor andere constructies: Van Boom 2002, p. 101-102 alsmede Bakels, conclusie voor: HR 1 maart 2002, Zaaknr. C00/060HR, *LJN*-nr. AD8169. Vgl. ook Smits 2003, p. 63-65.

⁵³ Bakels, conclusie onder 2.10 voor: HR 1 maart 2002, Zaaknr. C00/060HR, *LJN*-nummer AD8169.

De weg van het aannemen van een overeenkomst tussen Caribic en de Stichting zou ik hier, anders dan Bakels, bij voorbaat willen uitsluiten. Bakels vindt voor het aannemen van een overeenkomst tussen Caribic en Town House inspiratie in het Duitse recht, in het bijzonder in de zogenaamde *Hamburger Parkplatz-fall*.⁵⁴ De casus die aan deze uitspraak ten grondslag lag was de volgende. Een gemeente geeft een deel van de openbare parkeerterrein in het centrum van de stad uit aan een particulier, die er een bewaakte parkeerplaats van maakt waarvoor parkeergelden moeten worden betaald. Een vrachtwagenrijder is het met deze verandering niet eens en geeft, voordat hij de auto stalt, uitdrukkelijk aan dat hij niet wil betalen. De beheerder vordert betaling en krijgt bij het BGH gehoor. De vordering wordt toegewezen op grond van het bestaan van een zogenaamd Faktisches Vertragsverhältnis. Het BGH oordeelt dat bij de huidige massaliteit van het maatschappelijke verkeer een *overeenkomst* niet alleen kan worden aangenomen op grond van het bestaan van een *Rechtsgeschäft* (dat tot stand komt door een aanbod en aanvaarding). Een overeenkomst kan ook ontstaan op grond van “*tatsächliche Vorgänge*” (feitelijke gedragingen en verklaringen) op basis van het beginsel van *Treu und Glauben* (par. 242 BGB). De handelwijze dat men tijdens de bewaakte uren zijn auto stalt op de parkeerplaats, waar duidelijk wordt vermeld dat men moet betalen, heeft in de gegeven context “*nach dem Grundsatz von Treu und Glauben*” tot gevolg dat tussen partijen een overeenkomst ontstaat (met alle rechtsgevolgen van dien). Een afwijkende wilsverklaring van de recalcitrante parkeerder doet er niet toe, ook al heeft hij deze voor de aanvang van het parkeren geuit.

Het BGH heeft in deze uitspraak met zoveel woorden de door Haupt ontwikkelde theorie van het *faktische Vertragsverhältnis* toegepast.⁵⁵ Deze leer wordt thans niet meer toegepast en heeft veel kritiek gekregen. Dit verwondert niet omdat zij er in essentie op neer komt dat overeenkomsten niet alleen kunnen ontstaan op grond van “hetgeen partijen over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten”, maar ook op grond van een bepaalde sociale plicht, of een noodzakelijke inkadering in een “*Gemeinschaftsverhältnis*”.⁵⁶ Deze benadering spreekt mij niet aan. Als ik in dit proefschrift de zorgplicht centraal stel bij het toekennen van rechtsgevolgen, dan gaat het daarbij steeds om de plicht om rekening te houden met elkaars belangen in de, op de menselijke maat toegesneden, concrete rechtsverhouding tussen de betrokkenen. De zorgplicht leent zich er niet voor iemand te binden aan een gewenste maatschappelijke ordening.

Ik begin mijn analyse van het geval niet bij de bronnen van verbintenis, maar ik vertrek vanuit het gegeven dat het eigendomsrecht van Caribic en haar feitelijke woon- en leefsituatie is *ingebed*⁵⁷ in een groter geheel, in een context die ook voor

⁵⁴ BGHZ 21, 319ff. Urteil des Zivilsenates vom 14.7.1956.

⁵⁵ G. Haupt, *Über Faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig 1941. Over opkomst, ontwikkeling en ondergang van de leer zie: Peter Lambrecht, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis: Entstehung, Rezeption und Niedergang*, Tübingen: Mohr 1994.

⁵⁶ In verband met de leer van het faktische Vertragsverhältnis wordt dan ook van de *Zwei-Ebenen-Theorie* gesproken. Zie Lambrecht 1994, p. 12 en – specifiek in relatie tot het Parkplatzfall – p. 97 e.v.

⁵⁷ Koopmans 1965 (opgenomen in Koopmans 1991, p. 5-19, p. 16) heeft in 1965, vrijwel gelijktijdig met het begin van Cahen's theorievorming over de contractueel betrokken derde (zie Cahen 1965, p. 473-507) ten aanzien van het contract gesproken over de inbeddingsleer: “De contractuele betrekking wordt ingebed, in reglementeringen van diverse herkomst, in reeksen van gelijkgerichte verhoudingen, in een maatschappelijke context die meer en meer rechtens relevant wordt.” Wat het contract betreft sluit hetgeen Koopmans zegt naadloos aan bij de beginselverklaring van de Hoge Raad in het arrest *Staat-Degens* (HR 3 mei 1946, NJ 1946, 323). Wat geldt voor het contract is mijns inziens echter evenzeer van toepassing op feitelijke verhoudingen: ook deze zijn inge-

Caribic rechtens relevant wordt omdat daaraan door anderen (de Stichting en de 10 overige villa-eigenaren) een zekere structuur, een zekere organisatie, is gegeven.

De inbedding van Caribics positie in het grotere geheel van het complex blijkt uit de volgende feiten en omstandigheden:

- 1) Het complex waarin de villa van Caribic gelegen is vormt naar uiterlijke kenmerken een eenheid: de huizen staan via paden in verbinding met elkaar, er zijn groenstroken, er is afrastering, een toegangshek en bewaking.
- 2) De direct aan het perceel van Caribic grenzende tuin is niet van Caribic en heeft evenmin een openbare bestemming en Caribic weet dat.
- 3) Caribic ziet dagelijks, althans behoort dat te zien, dat de tuin en de paden worden onderhouden, dat het ophalen van het huisvuil, het afsluiten van het toegangshek en het aanbrengen van verlichting geregeld is en dat dat ten behoeve van het gehele complex, en dus ook ten behoeve van haar gebeurt.

Deze inbedding van de feitelijke situatie van Caribic in het grotere geheel brengt met zich mee dat Caribic geen buitenstaander is ten opzichte van de rechtsverhouding die de overige eigenaren hebben gecreëerd, maar er wel degelijk bij hoort. Ik sluit hierbij aan bij de wijze waarop de Hoge Raad in het *Securicor-arrest* motiveerde waarom in dat geval Makro de aansprakelijkheidsbeperking van Securicor, waarbij zij geen partij was, tegen zich moest laten gelden.⁵⁸

De casus in het *Securicor-arrest* was als volgt. Makro sluit met haar bank Vlaer en Kol een overeenkomst, waarin onder meer wordt afgesproken dat Vlaer en Kol iedere werkdag de kasopbrengsten zal laten ophalen door een geldtransportbedrijf. Vlaer en Kol zal daartoe lokale vervoerders inschakelen. Vlaer en Kol sluit op eigen naam een vervoersovereenkomst met Securicor. Op een dag worden de transporteurs van Securicor beroofd van een groot bedrag aan geld, afkomstig van Makro. De verzekeraar van Makro spreekt Securicor aan, waartegen Securicor zich onder meer verweert met een beroep op het in haar overeenkomst met Vlaer en Kol opgenomen exonerationbeding. De Hoge Raad overweegt:

“dat het Hof in de vierde r.o. heeft vastgesteld dat Securicor haar bedrijf maakt van het vervoeren van geld en geldswaarden voor derden, dat volgens het contract tussen Vlaer en Kol en Securicor het geld en de geldswaarden elke werkdag bij Makro zouden worden opgehaald, en dat in overeenstemming daarmee Securicor op 10 nov. 1972 een bedrag van f 409 682,51 van Makro naar de Grenswisselkantoren te Rotterdam vervoerde. Deze omstandigheden brachten mee, dat Makro t.z.v. het vervoer van de door haar aan Securicor ten vervoer toevertrouwde gelden in redelijkheid de in de vervoersvoorwaarden van Securicor voorkomende aansprakelijkheidsbeperking tegen zich moest laten gelden, ook al was zij geen partij bij de betr. vervoersovereenkomst. Dit zou slechts anders zijn als de aansprakelijkheidsbe-

bed in een maatschappelijke context. Op p. 11 stelt Koopmans – eveneens met betrekking tot het contract – dat door een overeenkomst gestand te doen partijen “in een situatie terecht (komen), een ‘feitelijke situatie’, die op haar beurt rechten en verplichtingen schept, niet omdat contracts-partijen, of een van hen, dat willen of omdat de wet, het gebruik of de billijkheid het vordert, maar omdat het eenvoudig niet anders kan.” Ook dit geldt mijns inziens eveneens, mutatis mutandis voor feitelijke verhoudingen. Samenleven schept verplichtingen omdat het nu eenmaal “niet anders kan”.

⁵⁸ HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 (*Securicor*), m.nt. A.R. Bloembergen.

perking van dien aard was dat Makro met het bestaan van een dergelijk beding geen rekening had behoeven te houden of als zij o.g.v. gedragingen van Securicor of van omstandigheden die aan Securicor bekend waren er op mocht vertrouwen dat de betr. aansprakelijkheidsclausule niet tegenover haar zou gelden. Zulke omstandigheden zijn echter niet door het Hof vastgesteld.”

De bijzondere relatie tussen Securicor en Makro, *de onderlinge betrokkenheid* speelt hier een grote rol bij de aanvaarding van de derdenwerking: het contract was speciaal gericht op Makro.⁵⁹ Men zou zelfs nog verder kunnen gaan en zeggen dat de Hoge Raad in het *Securicor*-arrest in wezen niet op basis van de derdenwerking van een contract heeft geredeneerd maar op grond van de genoemde feiten en omstandigheden een zelfstandige rechtsverhouding heeft aangenomen tussen Makro, Vlaer en Kol en Securicor, waarbinnen het exoneratiebeding *als in een contract* geldt, behoudens bijzondere omstandigheden. *Formeel* redeneerde de Hoge Raad natuurlijk wel vanuit het beginsel van art. 1376. De structuur van het oordeel wijst echter naar mijn mening meer op een redenering, waarbij de gelding van het beding op grond van van de feiten die zich aandienen tot hoofdregel wordt gemaakt met daarop aan te nemen uitzonderingen, precies zoals dat in een contractuele setting gebeurt.

Caribic maakt deel uit van het complex, de prestaties die daarbinnen worden verricht tot beheer en behoud van het complex zijn ook voor haar bestemd en Caribic wist dat. Onder deze omstandigheden is Caribic verplicht voor een evenredig deel van de kosten van onderhoud en beheer van het complex op te komen, ook al was zij geen *partij* bij de onderhoudsovereenkomst.

Dat tussen Caribic, de overige eigenaren en de Stichting een ‘betrokkenheidsverhouding’⁶⁰, een rechtsverhouding bestaat, brengt mee dat ten aanzien van de het vaststellen van de rechtsgevolgen van deze verhouding weer aansluiting kan worden gezocht bij de Haviltex-maatstaf: het komt aan op hetgeen partijen over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Bij deze uitleg speelt mijns inziens, precies zoals dat het geval is bij de uitleg van rechtshandelingen, ook het leerstuk van mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten een rol. In dit opzicht rijst de vraag of Caribic zich met succes op het standpunt zou kunnen stellen dat zij niet gebonden kan worden aan een (niet onaanzienlijke) bijdrageplicht van 350 dollar per maand, nu deze voor haar bij de aankoop van de villa niet kenbaar was (uit de casus blijkt niets over verstrekte informatie door Town House NV en/of de overige eigenaren). Ik denk dat dit betoog van Caribic niet opgaat en dat hier een parallel kan worden getrokken met het arrest *Staalcom-Neher*.⁶¹ In dat geval trad Staalcom toe tot een bestaande overeenkomst waarbij het Hof oordeelde dat het

“in de gegeven omstandigheden op de weg van eiseres lag als nieuw toetredende deelnemer aan een reeds bestaand samenwerkingsverband om zich op de hoogte te stellen van de door de deelnemers overeengekomen en voor hen geldende regels en dat zij slechts wanneer het hier bedoelde initiatief niet zou hebben geleid tot het verkrijgen van de nodige inlichtingen er een beroep op zou kunnen doen dat die regels voor haar niet kenbaar waren en dus voor haar niet golden.”

⁵⁹ Vgl. Van Schilfgaarde 1979, p. 556-561, p. 559, die in het arrest een toepassing ziet van Cahen's leer van de contractueel betrokken derde.

⁶⁰ Du Perron 1999, p. 90 en p. 93 e.v.

⁶¹ HR 15 april 1977, NJ 1978, 133 (*Staalcom-Neher*).

In de onderhavige casus geldt mijns inziens ook dat het gelet op de omstandigheden (Caribic koopt een villa in een bestand complex dat een eenheid vormt, dat duidelijk gemeenschappelijke voorzieningen heeft die zichtbaar worden onderhouden en beheerd) op de weg van Caribic had gelegen om zich bij de aankoop van de villa op de hoogte te stellen van de in het complex geldende “regels”. Pas als zij aan haar inlichtingenplicht voldaan zou hebben en vervolgens door de Stichting en/of de andere villa-eigenaren niet goed zou zijn geïnformeerd is er reden om Caribic niet gebonden te achten. Dit betekent uiteraard niet dat Caribic aan alle regels van het complex is gebonden. Zo meen ik dat het verschil uitmaakt of het gaat om een elementaire bijdrageplicht, zoals hier of om een plicht de verhuur over te laten aan een centrale verhuurder, zoals in het geval *Mink-Paques*. Wat buiten het normale verwachtingspatroon ligt, zoals een dergelijk centraal verhuurbeding of een verbod op het hebben van logees, daaraan is Caribic niet gebonden. Ook hier kan weer aansluiting worden gevonden bij het arrest *Staalcom-Neher*, waarin de Hoge raad oordeelde dat de gebondenheid aan de regels van het samenwerkingsverband onder bijzondere omstandigheden uitzondering kan lijden

“bijvoorbeeld indien een tussen de deelnemers krachtens overeenkomst geldende en aan de nieuw toetredende onbekende regel van dien aard zou zijn dat laatstgenoemde, zo hij de regel gekend zou hebben, van toetreding zou hebben afgezien en dat de mede-contractanten dit hadden behoren te begrijpen.”

Deze regels kunnen naar mijn mening ook worden toegepast op de verhouding tussen Caribic, de Stichting en de overige villa-eigenaren. Niet omdat Caribic contractspartij is, maar omdat zij zodanig betrokken is dat ook deze betrokkenheidsverhouding valt binnen het bereik van wat het verbintenissenrecht, en in het bijzonder het contractenrecht, te bieden heeft aan instrumenten om een zeker evenwicht tussen de belangen van de betrokken partijen te waarborgen: het dwalingsleerstuk, het leerstuk van de informatie- en mededelingsplichten, de inhoudstoetsing van algemene voorwaarden, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid: het ligt allemaal “voor toepassing gereed”, ook zonder contract, zonder partijwil en zonder vertrouwen.⁶²

⁶² Vgl. Vranken 1997b, p. 735-739, p. 738-739 die in weerwil van de derdenwerkingsrechtspraak als uitgangspunt hanteert dat A in beginsel zijn contractsbedingen met B aan C kan tegenwerpen, “mits- en daarop komt het aan-, mits deze bedingen in de gegeven omstandigheden jegens C de toets aan de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 of aan de regeling van de algemene voorwaarden van art. 6:231 e.v. kunnen doorstaan.” Zie ook Du Perron 1999, p. 96-97 die stelt dat leerstukken betreffende rechtshandelingen in het algemeen en overeenkomsten in het bijzonder zich voor overeenkomstige toepassing op betrokkenheidsverhoudingen lenen. Du Perron wil echter deze overeenkomstige toepassing pas aannemen voor zover de derdenwerking op dezelfde beginselen berust als de rechtshandeling: het autonomiebeginsel en het vertrouwensbeginsel (p. 96). Deze beperking spreekt mij in het geheel niet aan. Als ik vergelijkingen trek met het contractenrecht doe ik dat vanwege de daarin “opgedane wijsheid” (met name waar het gaat om een evenwichtige behandeling van de betrokken partijen) die zeer goed bij wege van analogie op betrokkenheidsverhoudingen kan worden toegepast. Zie reeds Schoordijk 1988, p. 189-215, p. 213 die naar aanleiding van het Moffenkit-arrest (HR 25 maart 1966, NJ 1966, 279) opmerkt dat de Hoge Raad aan de aanbestedende gemeente jegens de onderaannemer die zich op een exonatiebeding beroept in wezen een beroep op dwaling of bedrog toekent, omdat de onderaannemer misleidende reclame had gemaakt.

Met het voorgaande heb ik getracht te beargumenteren waarom in de “aard van het betreffende geval” een voldoende rechtvaardiging is gelegen voor het aanvaarden van een bijdrageplicht voor Caribic.⁶³ Maar past deze oplossing in het stelsel van de wet en sluit zij aan bij de wel in de wet geregelde gevallen?

Ik meen van wel: niet alleen kan een parallel worden getrokken met het toetreden tot samenwerkingsverbanden in de contractuele sfeer, maar evenzeer kan – zoals Hartkamp doet – aansluiting worden gevonden bij de regeling van de ongerechtvaardigde verrijking.

Ook het Gerecht in eerste Aanleg benadert de vordering van de Stichting op basis van ongerechtvaardigde verrijking. Op de wijze waarop het Gerecht dat doet is echter wel wat af te dingen.

Het Gerecht wil slechts van vergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking weten voor zover de verrijking niet aan Caribic is *opgedrongen*, hetgeen zij aldus opvat dat Caribic slechts hoeft te betalen voor de voorzieningen waarvan zij gebruikmaakt, hoewel de aanwezigheid van de voorziening daartoe op zichzelf niet noodzaakt. De gedachte is kennelijk dat Caribic over de gebaande paden wel *moet* lopen en zich de bewaking wel *moet* laten welgevallen: de simpele aanwezigheid daarvan noodzaakt tot gebruik en het betreft hier *daarom* een opgedrongen prestatie. Mij lijkt deze benadering tegen de achtergrond van de context bepaalt te strikt. De gedachte achter het leerstuk van de opgedrongen verrijking is blijkens de Parlementaire Geschiedenis dat de verrijkte in beginsel niet tot vergoeding gehouden is als de verrijking *buiten zijn toedoen* is ontstaan.⁶⁴ Beslissend is in dit geval dan ook niet of de feitelijke aanwezigheid van de voorzieningen al dan niet tot gebruik noodzaakt, maar of toen Caribic zich vestigde in het complex van een *toedoen* ten aanzien van de verrijking kan worden gesproken. In dit geval is de verrijking “toerekenbaar” omdat Caribic – zoals Hartkamp in zijn conclusie terecht stelt – zich vrijwillig heeft begeven in een situatie waarin zij zich behoorde te realiseren dat zij onvermijdelijk voordelen zou gaan genieten van de gemeenschappelijkheden.⁶⁵ Achteraf zeggen dat het opgedrongen of niet noodzakelijk was kan dan niet. Hierbij moet echter niet uit het oog worden verloren dat het hier per saldo om een risico-afweging gaat. Tegenover het argument dat Caribic zich behoorde te realiseren dat de diensten niet gratis werden verricht, kan men stellen dat de Town House-company er kennelijk niet in geslaagd is een goede regeling te treffen waardoor nieuwe eigenaren (bijv. bij wijze van derdenbeding/ kettingbeding in het koopcontract) bij aankoop bijdrageplichtig werden. De redenering zou dan kunnen zijn dat de Stichting, bij gebreke van een deugdelijke regeling, de prestaties op eigen risico heeft verricht jegens Caribic. Ik

⁶³ De bijdrageplicht is een betalingsplicht en zo kan men zeggen derhalve een primaire prestatieplicht. Of een dergelijke betalingsplicht ook op een derde kan rusten, ook al was hij bij de overeenkomst waaruit de betalingsplicht voortvloeide geen partij, kwam aan de orde in het arrest *Moksel-KVV* (HR 28 juni 1996, NJ 1997, 494). In dat geval kon de derde niet gehouden worden aan de betalingsplicht omdat voor het daarin aan de orde zijnde type van een samenhangende rechtsverhouding (nl. de lastgeving) de wet een bijzondere voorziening kent die inhoudt dat de wederpartij van de lasthebber indien de lasthebber zijn verplichtingen jegens haar niet nakomt, na schriftelijke mededeling aan de lasthebber en de lastgever, haar rechten uit de met de lasthebber gesloten overeenkomst tegen de lastgever kan uitoefenen, “voor zover deze op het tijdstip van de mededeling op overeenkomstige wijze jegens de lasthebber gebonden is” (art. 7:421 lid 1 BW). In het geval *Moksel-KVV* had de lastgever (de derde) al aan de lasthebber betaald zodat voor doorwerking van de betalingsplicht geen ruimte was. Hier is dat mijns inziens anders.

⁶⁴ Parl. Gesch. Boek 6, p. 830-831. Zie over het leerstuk van de opgedrongen verrijking Gerdes 2005 p. 197-205. Zie over het toedoen van de verrijkte ook van Boom 2002, p. 122-123.

⁶⁵ A-G Hartkamp, conclusie onder pnt. 12.

meen toch dat in casu zwaarder weegt dat het, gelet op de feitelijke situatie, op de weg van Caribic had gelegen om zich voor aankoop te laten informeren over de kosten van de gemeenschappelijkheden. Deze onderzoeksplicht rustte op haar omdat zij zich er van bewust moet zijn geweest dat zij ging wonen op een complex waaraan gewoonlijk kosten zijn verbonden. Caribic is echter mijns inziens niet verplicht bij te dragen aan een luxueuze jacuzzi (St. Maarten!) die de overige eigenaren in onderling overleg hebben aangelegd in de gemeenschappelijke tuin: slechts de kosten die nuttig en noodzakelijk zijn voor een elementair, ordelijk gebruik van de gemeenschappelijkheden komen voor de bijdrageplichtigheid van Caribic in aanmerking. Anders en meer mochten de Stichting en de overige eigenaren niet verwachten.⁶⁶

De wijze waarop Hartkamp aansluiting zoekt bij de regeling van de ongerechtvaardigde verrijking is wat mij betreft dan ook veel aantrekkelijker dan de benadering van het Gerecht in eerste Aanleg. Hartkamp acht doorslaggevend dat Caribic zich in de gegeven omstandigheden bij de koop van de villa had behoren te realiseren dat zij zich in een situatie begaf waarin het onvermijdelijk was dat zij *voordelen zou genieten* van het beheer van de gemeenschappelijkheden. Deze profijtgedachte past – aldus Hartkamp – bij de regeling van de ongerechtvaardigde verrijking en sluit ook aan bij de regeling van het appartementsrecht waarin de appartementseigenaren voor het beheer en onderhoud van de gemeenschappelijke ruimten in beginsel naar evenredigheid bijdrageplichtig zijn. Het criterium van Hartkamp – het zich begeven in een situatie waarin het onvermijdelijk is dat men voordelen zal genieten – is in zijn visie ook voldoende om de tegenwerpingen dat hier geen sprake is van voor Caribic noodzakelijke kosten, resp. dat hier sprake is van een opgedrongen verrijking, onschadelijk te maken. Iemand die zich in een dergelijke situatie begeeft, kan later niet klagen over het opgedrongen zijn van de verrijking en evenmin dat de kosten voor haar niet noodzakelijk waren.

In een benadering op grond van ongerechtvaardigde verrijking zit ook een element van *herstel van wederkerigheid*. De Stichting heeft prestaties verricht en het is op grond van de gehele setting duidelijk dat deze prestaties mede bestemd waren voor Caribic en dat Caribic ook niet mocht aannemen dat een weldoener op het complex actief was. Redelijkerwijs dient voor deze prestaties dan betaald te worden: het *free rider* gedrag van Caribic wordt niet beloond.

De ongerechtvaardigde verrijking kan hier dus gevoeglijk gebruikt worden als grondslag voor toekenning van de vordering van de Stichting. Daarbij geldt echter dat de werkelijke rechtvaardiging voor het aanvaarden van een bijdrageplicht elders

⁶⁶ Dit is ook de maatstaf die wordt gehanteerd bij de vordering van de zaakwaarnemer jegens de belanghebbende (vgl. art. 6: 200 BW). Zwalve 1995, p. 157-163, p. 162-163 heeft met kracht van argumenten betoogd dat de toets voor een toerekenbare verrijking is gelegen in de zaakwaarneming. “Betreft het onkosten die de ‘verrijkingsschuldeiser’ ook als zaakwaarnemer van ‘de verrijkingsschuldenaar’ zou hebben kunnen vorderen, dan komen die voor vergoeding in aanmerking”. Zwalve heeft ook bepleit de vordering uit zaakwaarneming zelf een veel belangrijker plaats toe te kennen als het gaat om verrijkingen, wat binnen bereik ligt als de aanwezigheid van de wil van de zaakwaarnemer om de belangen van een ander te behartigen niet langer als eis wordt gesteld. (Zwalve 1995, p. 163, nt. 51). Zie voor een uitgebreide argumentatie waarom de eis van het “willens en wetens” behartigen van een anders belang niet gesteld zou moeten worden, alvorens aan de zaakwaarnemer een vordering uit art. 6:200 lid 1 toe te kennen, Linssen 2001, p. 413-425.

ligt. Deze ligt mijns inziens in het gegeven dat Caribic zich heeft begeven in een rechtsverhouding die met de contouren van het complex is gegeven. Zij is opgenomen in een verband waarbinnen prestaties worden verricht die ook voor haar bestemd zijn en zij behoorde dat te weten. Dit brengt met zich mee dat Caribic de elementaire regels van dit verband zal hebben te eerbiedigen, zoals het gezamenlijk opkomen voor de onkosten, met daarbij de toetsingsmogelijkheden en nuances zoals hierboven geschetst. De plicht erbij te moeten horen prevaleert hier voor wat betreft de plicht tot het bijdragen aan de onkosten boven het recht er niet bij te willen horen. De constituerende elementen voor het aanvaarden van die bijdrageplicht zijn:

1) De *strekking van de bijdrageplicht* die vanzelfsprekend deze is dat het complex aan zijn bestemming kan voldoen, en dit voor Caribic, als eigenaar/bewoner van een villa op het complex ook redelijkerwijs kenbaar moest zijn.

2) Het *wederkerige* karakter van de door de Stichting en de eigenaren over en weer te verrichten prestaties. Deze wederkerigheid wordt niet weerspiegeld in één enkele overeenkomst maar in een rechtsverhouding, een samenlevingsverband, een “prestatieverband”, waarvan ook Caribic deel uit maakt.

Het *Caribic*-arrest geeft aldus vorm aan een ontwikkeling in de richting van feitelijke rechtsbetrekkingen, te normeren via de vertrouwde paden van het verbintenissenrecht. Van Erp heeft voorgesteld de “rechtsbetrekking” als grondbegrip van het vermogensrecht naar voren te halen, een grondbegrip dat zowel contract als onrechtmatige daad omvat en andere gronden van gehoudenheid kan insluiten.⁶⁷ Deze benadering sta ik niet voor. De vloeiende grenzen van het verbintenissenrecht laten mijns inziens genoeg ruimte om deze “nieuwe” rechtsverhoudingen, deze feitelijke rechtsbetrekkingen hun plaats te geven. Een nieuw grondbegrip is daarvoor niet nodig.

3 Slot

Open uitleg van rechtsverhoudingen en productive learning, dat zijn de sleutelwoorden van dit boek en dus ook van dit hoofdstuk. Ik analyseerde in dit hoofdstuk een aantal feitelijk-economische samenhangende verhoudingen die niet al te gemakkelijk in het bestaande recht kunnen worden ingepast. Kijkt men er echter naar vanuit de methode van open uitleg van rechtsverhoudingen en het productieve leren, dan lijkt mij dat een zeer werkbare methode om tot het vaststellen van rechtsgevolgen te komen. In mijn benadering wordt de grens van de overeenkomst zonder veel ophef gepasseerd, waardoor het ook minder opportuun wordt om situaties vanuit het in beginsel beperktere blikveld van de werking van een overeenkomst ten opzichte van derden te benaderen. De feitelijk-economische samenhang tussen de rechtsposities van betrokkenen staat steeds op de voorgrond, waarbij het gehele terrein van het verbintenissenrecht wordt ontsloten om tot uitkomsten te komen die passen in dat – veranderende verbintenissenrecht. Deze methode levert geen harde criteria op ter beantwoording van de vraag wanneer precies welke rechtsgevolgen aan de samenhang tussen de rechtsposities van de betrokkenen toe-

⁶⁷ Van Erp 1990.

gekend moeten worden, wél relevante gezichtspunten. In het volgende hoofdstuk ga ik hier op in.

Toetsingscriteria

1 Inleiding

In dit hoofdstuk ga ik na welke concrete oogst van criteria de toepassing van mijn benadering heeft opgeleverd voor het toekennen van rechtsgevolgen aan feitelijk-economisch samenhangende verhoudingen. Eerst bespreek ik echter in paragraaf 2 de rol van het gerechtvaardigde vertrouwen in samenhangende rechtsverhoudingen. Tot nu toe heb ik niet veel aandacht besteed aan deze factor, hoewel deze zowel in de rechtspraak als in de doctrine een belangrijke rol speelt. Omdat ik echter het vertrouwen niet zie als een belangrijke verklarende factor voor het toekennen van rechtsgevolgen aan samenhangende rechtsverhoudingen, ga ik er eerst op in, alvorens in paragraaf 3 in te gaan op de factoren die naar mijn mening wel van belang zijn. In paragraaf 4 bespreek ik de relevante criteria vanuit een rechtsvergelijkend perspectief. Ik behandel hier het vraagstuk van samenhangende rechtsverhoudingen in het Duitse en het Engelse recht, met als doel na te gaan welke criteria daar als relevant worden aangemerkt. Ik zal uiteenzetten hoe uiteenlopend deze rechtssystemen op dit punt zijn en langs welke weg men daar tot de oplossing van het vraagstuk tracht te geraken. Ik probeer op deze manier, met alle voorzichtigheid en terughoudendheid die daarbij hoort, de “*gradual convergence*”¹ te achterhalen. In het bestek van dit proefschrift kan de rechtsvergelijking niet meer dan een beperkte rol vervullen. Mijn studie is er in de eerste plaats op gericht de benadering van de open uitleg en het productieve leren te verdedigen voor het Nederlandse Recht, vanuit het perspectief van de zorgplicht. Wat dat betreft houdt deze studie dan ook op bij de eigen landsgrenzen. Waar het gaat om het opsporen van relevante criteria kan de rechtsvergelijking wel vruchtbaar gemaakt worden en dat is dan ook wat ik naar aanleiding van de analyses in dit hoofdstuk in paragraaf 5 tracht te doen.

2 De betekenis van het gerechtvaardigde vertrouwen bij het toekennen van rechtsgevolgen aan samenhangende rechtsverhoudingen.

In de rechtspraak en in de doctrine komt de factor van het gerechtvaardigde vertrouwen met enige regelmaat voor.

In het *Edah*-arrest baseert de Hoge Raad de onrechtmatige daad van Edah uitdrukkelijk op beschaming van het vertrouwen dat Modern in naleving van de branche-beschermingsclausule mocht stellen en annotator Scholten² ziet juist gelet op het feit dat de Hoge Raad zo op het beschaamde vertrouwen attendeert aanleiding tot het aannemen van onderlinge contractsbanden.

In het arrest *Vleesmeesters-Alog* speelt het gerechtvaardigde vertrouwen ook een rol. Het is in de rechtsoverweging van de Hoge Raad één van de factoren die relevant zijn voor het aannemen van een zorgplicht.

¹ Zie Markesinis 1994.

² Noot onder *NJ* 1980, 117.

Ook in de doctrine wordt de aandacht gevestigd op het vertrouwen als relevante factor bij het beoordelen van de gebondenheid in een samenhangende rechtsverhouding. Zo menen Schoordijk³ en ook Smits dat in het arrest *Mooijman-Netjes* de weg van een contract gevolgd had moeten worden, juist vanwege het aspect van het gewekte en beschaamde vertrouwen:

“Het door Netjes gewekte vertrouwen te willen samenwerken en zodanige bouwkundige aanpassingen uit te voeren dat Mooijman gelijk aan de slag kon, vormt samen met het daarop afgestemde gedrag van Mooijman, mijns inziens voldoende reden om een overeenkomst aan te nemen.”⁴

Bakels is van oordeel dat, contract of niet, de *kern van de beslissing* in het arrest *Mooijman-Netjes* de bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen is.⁵

In het geval van *Mink-Paques* ten slotte heeft annotator Kleijn⁶ een zijns inziens rechtvaardige uitkomst uitdrukkelijk in sleutel van het gerechtvaardigde vertrouwen geplaatst. Gewekt en beschaamd vertrouwen is de grondslag voor zijn conclusie dat de weigering van Mink om te weigeren aan wijziging van de akte van splitsing, een weigering is zonder redelijke grond.

Ik heb moeite met de betekenis van het “vertrouwen” in deze.

Zo meen ik dat het gerechtvaardigde vertrouwen lang niet altijd een zelfstandige factor is bij de beoordeling van de gebondenheid in samenhangende rechtsverhoudingen, en evenmin meen ik dat het gewekte en beschaamde vertrouwen zou kunnen of moeten worden omgevormd tot *grondslag* van gebondenheid in samenhangende rechtsverhoudingen. Als het vertrouwen een functie te vervullen heeft – en dat ontken ik niet – dan is het veeleer de functie van een norm, van een maatstaf. De norm dat redelijk vertrouwen beschermd dient te worden speelt een rol bij het beoordelen van samenhangende rechtsverhoudingen. Op die precieze rol ga ik zo in. Eerst ga ik in op het vertrouwen als zelfstandige factor, dat wil zeggen als een *omstandigheid* die naast andere omstandigheden een rol speelt bij het beoordelen van de vraag of en welke rechtsgevolgen kunnen c.q. moeten worden toegekend in samenhangende rechtsverhoudingen.

In het arrest *Vleesmeesters-Alog* benoemt de Hoge Raad de factor of “*de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien*” tot één van de elementen die van belang kunnen zijn bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van een contractspartij jegens een derde.⁷ Zo geformuleerd is dit echter als criterium niet nodig. Men mag erop vertrouwen dat zijn belangen worden ontzien, *als de omstandigheden zodanig zijn* dat die leiden tot de conclusie dat men erop mag vertrouwen dat zijn belangen worden ontzien. Anders dan de Hoge Raad het in deze formulering doet voorkomen is zo het vertrouwen niet zomaar één van de ter zake dienende omstandigheden maar *de uitkomst van een afweging van andere ter zake die-*

³ Schoordijk 1998, p. 429.

⁴ Smits 2003, p. 67. Zie echter voor een algehele scepsis over de rol van het vertrouwen als “dragende categorie” in het contractenrecht, Smits 1995, p. 115-146.

⁵ Bakels, conclusie voor HR 1 maart 2002 *LJN* AD8169 (*Trimoteur*).

⁶ Noot onder *NJ* 2000, 640.

⁷ HR 24 september 2004, *RvdW* 2004, 108, r.o. 3.4, geciteerd in Hoofdstuk 5, paragraaf 2.4.

nende omstandigheden. Een oordeel dat Vleesmeesters er in het concrete geval op mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, houdt geen ander oordeel in dan dat in casu op Alog de zorgplicht rust de belangen van Vleesmeesters te ontzien, bij gebreke waarvan hij verplicht is de schade van Vleesmeesters te vergoeden. Echte toegevoegde waarde heeft het vertrouwen als factor hier niet.

Ook in het arrest *Mooijman-Netjes* is naar mijn mening het bij Mooijman opgewekte vertrouwen *geen* zelfstandige factor bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van Netjes. Het door de Hoge Raad gekozen perspectief is de feitelijk-economische samenwerking, die Netjes *verplicht* rekening te houden met de belangen van Mooijman, waarbij naar het oordeel van de Hoge Raad *in het bijzonder* moet worden gelet op het feit dat Netjes Mooijman bij het project betrokken heeft⁸: het daardoor gewekte vertrouwen bij Mooijman speelt hier slechts een afgeleide rol.

In het *Edah*-arrest is de conclusie van de Hoge Raad dat “het voor de hand ligt dat de huurders aandacht zouden besteden aan de clausules en op de naleving daarvan door de ander huurders zouden vertrouwen” mijns inziens gebaseerd op andere ter zake dienende omstandigheden, zoals de strekking van het beding, het wederkerige karakter daarvan dat tot uitdrukking komt in de reeks bilaterale contracten en de commerciële structuur van het winkelcentrum. “*Belangrijk is niet zozeer dat het vertrouwen er was, als wel waarop het gebaseerd was*”, aldus ook annotator Scholten onder het arrest. Het vertrouwen is hier niet zozeer een *zelfstandige* omstandigheid, maar veeleer een maatstaf om de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad te beoordelen.

Ik meen dan ook dat het aanwezige gerechtvaardigde vertrouwen veelal geen zelfstandige omstandigheid is bij het aannemen van rechtsplichten in samenhangende rechtsverhoudingen. Omdat het vertrouwen steeds *direct gekoppeld blijkt aan de omstandigheden* lijkt het mij beter te aanvaarden dat het beslissende element voor het aanvaarden van rechtsplichten ligt in de kwalificatie van die omstandigheden.⁹ Het vertrouwen hiernaast nog opvoeren als zelfstandige factor is dan overbodig.

Dat neemt niet weg dat het vertrouwen wel een *maatstaf* is om de gebondenheid in samenhangende rechtsverhoudingen te beoordelen. Wat mij betreft gaat het hier echter om een hulpmaatstaf. Centraal staat, zoals ik in hoofdstuk 2 verdedigde, de zorgplicht. Partijen moeten over en weer rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Om echter in concreto te kunnen bepalen wat de zorgplicht inhoudt, is de vertrouwensmaatstaf onmisbaar. Wat de zorgplicht inhoudt kan immers niet los worden gezien van wat de ander in het licht van de omstandighe-

⁸ HR 29 mei 1998, NJ 1999, 98. In r.o. 3.4. oordeelt de Hoge Raad als volgt over het arrest van het hof, waarin aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad werd afgewezen: “Voorts is zonder nadere motivering niet duidelijk waarom de door Mooijman aangevoerde omstandigheden, waaronder in het bijzonder ook dat Netjes Mooijman bij het project heeft betrokken, niet voldoende zijn om aan te nemen dat Netjes, ingeval zij de voor het plaatsen van de zonneranda's vereiste aanpassingen ondeugdelijk heeft uitgevoerd en Mooijman dientengevolge schade heeft geleden, op grond van art. 6:162 tot vergoeding daarvan gehouden is.”

⁹ Aldus met scherpste Nieskens-Ispording 1991, p. 91 die, zij het ter adstructie van een ander be-
toog dan het mijne, opmerkt: “De conclusie moet zijn dat vertrouwen nu eens wordt beschermd, dan weer niet, afhankelijk van de omstandigheden. Dit rechtvaardigt de veronderstelling dat het rechtsvormend element niet in het vertrouwen ligt, *maar zich bevindt in die omstandigheden*.” (Cur-sivering van mij, MvL).

den redelijkerwijs mocht verwachten. De redelijke verwachtingen van de ander constitueren dan ook mede de zorgplicht: tussen beide beginselen bestaat een subtiële wisselwerking. Het gaat om het toedelen van rechtsplichten, rechtsplichten die gevonden worden door de “waardering van het geval als geheel”. Vanuit het perspectief van de zorgplicht is echter mijns inziens uiteindelijk beslissend wat krachtens regels van het ongeschreven recht van de handelende kan worden geëist en niet waarop de wederpartij al dan niet vertrouwt. Wat De Kluiver in dit verband schrijft is mij dan ook uit het hart gegrepen:

“Mij spreekt meer aan dat men niet vraagt wat een ander van een bepaald persoon verwacht of waarop hij vertrouwt maar dat men de vraag stelt waartoe een persoon ‘te goeder trouw’ gehouden is mede in verband met zijn eerdere uitspraken of handelingen gelet op de context waarin die tot stand kwamen. Hetgeen verplicht overheerst, in mijn visie hetgeen een ander al of niet verwacht”.¹⁰

Het is het handelen dat centraal staat: niet het daardoor opgewekte vertrouwen.

3 Relevante gezichtspunten.

Bij het vaststellen van rechtsplichten in samenhangende rechtsverhoudingen komt naar mijn mening betekenis toe aan de volgende factoren.

1) *De feitelijke onderlinge afstemming van de door de betrokkenen te verrichten prestaties.*

Als een verhouding gekenmerkt wordt door een element van samenwerking: het op elkaar betrekken of afstemmen van prestaties of het gezamenlijk werken aan een bepaalde taak, is dat een aanwijzing voor het aanvaarden van een rechtens relevante samenhang tussen de verbintenissen en/of rechtsposities van partijen. Dit aspect van feitelijke samenwerking lag ten grondslag aan het arrest *Mooijman-Netjes*, en naar mijn mening ook aan het *Edah*-arrest en aan het arrest *Vleesmeesters-Alog*. Ook de huurkoopfinanciering kan worden aangemerkt als een samenwerkingsverhouding.¹¹ De samenwerking wordt steeds in elk geval daardoor gekenmerkt dat de door betrokkenen te verrichten prestaties onderling op elkaar zijn afgestemd. Deze onderlinge afstemming van prestaties is gericht op een bepaald *doel*, dat min of meer nauwkeurig kan worden omschreven. In het arrest *Mooijman-Netjes* ging het om het tot stand brengen van een bouwproject, in het arrest *Jans-Fiat* om het tot stand brengen van een gefinancierde transactie en in de arresten *Edah* en *Vleesmeesters-Alog* is er een vorm van samenwerking die tot doel heeft het instandhouden van een voor alle partijen profijtelijk winkelcentrum.

2) *De feitelijk-economische samenhang tussen de prestaties van de betrokkenen.*

Hier gaat het niet alleen om de feitelijke *afstemming* van de prestaties op elkaar maar om de vraag of er sprake is van een *wederkerige samenhang* tussen de te verrichten prestaties. Van wederkerigheid is sprake indien de betrokkenen hun prestaties ver-

¹⁰ De Kluiver 1992, p. 37.

¹¹ Vgl. Meijer 1998, p. 621.

richten met het oog juist op de tegenprestatie van de andere betrokkenen. Er hoeft geen synnalagmatisch verband te zijn tussen de plicht of het beding waarvan naleving wordt gevraagd en de verplichtingen van de overige betrokkenen (dit ruilkarakter, dit do ut des vinden we in deze strikte vorm terug in de wettelijke bepalingen over de wederkerige overeenkomsten en dit ruilkarakter is in wezen ook aanwezig bij de huurkoopfinanciering), maar er moet in de casus wel *'voldoende samenhang'*¹² tussen de verplichtingen van de betrokkenen zijn aan te wijzen. Bij het vinden van deze samenhang komt het weer aan op *de aard van het verband* tussen de concrete verplichtingen van partijen. Steeds moet op zoek worden gegaan naar de kenmerken van dit verband: een hechte economische samenwerking om er beide beter van te worden herbergt een vorm van wederkerigheid die rechtens gehonoreerd moet worden.¹³ In een woongemeenschap waarin naleving van een beding van centrale verhuur wordt gevraagd is dit ruilkarakter veel minder pregnant aanwezig. Als bij de feitelijke afstemming van de prestaties het *wederzijdse profijt* een rol heeft gespeeld zal het niet verrichten van de eigen prestatie al snel onrechtmatig zijn ten opzichte van de andere betrokkenen.

“Wie wel profiteert van de prestatie van een ander, maar zelf zijn daarmee verbonden prestatie, waarop die ander rekent niet of niet behoorlijk nakomt handelt onrechtmatig”.¹⁴

En omgekeerd geldt mijns inziens ook dat naarmate het wederzijdse profijt minder op de voorgrond staat, niet te snel tot onderlinge gebondenheid moet worden geconcludeerd.

3) *Het inzicht dat de betrokken partijen in deze samenhang hadden*

Welke rol de kenbaarheid in de samenhang speelt is afhankelijk van de vraag om wiens inzicht het precies gaat. In de eerst plaats kan gelet worden op het inzicht van degene *tegen* wie een beroep op de samenhang wordt gedaan. Vaak is hier het inzicht in de samenhang, de kenbaarheid daarvan, meestal met de situatie gegeven. Juist vanwege hun rol in de feitelijke afstemming van de prestaties c.q. hun positie binnen de feitelijke samenhang moeten de betrokken partijen bepaalde consequenties van deze samenhang tegen zich laten gelden. Het inzicht in de samenhang wordt hier als vanzelfsprekend aangenomen omdat de feitelijke afstemming of zelf is gecreëerd of er wel heel “dik bovenop ligt”. Hier is sprake van communicerende vaten. Naarmate de feitelijke samenhang minder evident is, minder prominent aanwezig is, zullen eerder vraagtekens gezet kunnen worden bij de kenbaarheid van deze samenhang. Het is onder meer om deze reden dat naar mijn mening Paques Mink pas aan het beding van centrale verhuur mag houden als het voor Mink volstrekt kenbaar was dat hij hiertoe jegens Paques verplicht was.

Het kan ook gaan om het inzicht van degene die juist *een beroep doet op de samenhang*. Zo kan bijv. het feit dat het voor iemand niet kenbaar was dat hij met

¹² Hier kan aangesloten worden bij de criteria voor het hanteren van een opschortingsbevoegdheid. Zie art. 6: 262 (synnalagma) en art. 6:52 BW (voldoende samenhang).

¹³ Vgl. Schoordijk 1998, p. 429-430.

¹⁴ Du Perron 1999, p. 282.

verschillende wederpartijen handelde een factor zijn bij het bepalen van de gebondenheid van die wederpartijen.¹⁵

4) *de onderlinge verhouding en de hoedanigheid van partijen.*

Bij de beantwoording van de vraag of uit de feitelijke samenhang van prestaties en/of rechtsposities rechtsplichten voortvloeien voor de betrokkenen komt ook betekenis toe aan de “maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen”. Op een meer algemeen niveau gaat het hier vooral om overwegingen van consumentenbescherming of om het onderkennen van economische en/of juridische machtsposities. Deze overwegingen spelen ook in samenhangende rechtsverhoudingen een rol. In het arrest *Jans-Fiat* is de bescherming van de “zwakke” consument uitdrukkelijk in het geding en in het arrest *Vleesmeesters-Alog* komt mijns inziens betekenis toe aan het feit dat Alog en Aldi een concern-blok vormden, waarbij zij zich onvoldoende hebben aangetrokken van de gerechtvaardigde belangen van slagerij Vleesmeesters.

Op een meer concreet niveau speelt een rol wie nu precies de touwtjes in handen heeft gehad bij het afstemmen van de feitelijke prestaties. Wie nam het initiatief en welke verantwoordelijkheid brengt dat met zich mee?

In het geval van de huurkoopfinanciering vindt de afstemming van de prestaties plaats op initiatief en door onderlinge samenwerking van de beide wederpartijen van de koper. De intensiteit van deze samenwerking is hier een factor bij de beoordeling of sprake is van een normatieve samenhang tussen de financieringsovereenkomst en de huurkoopovereenkomst. Ook bij de aanvaarding van de onderlinge gebondenheid in de horizontale verhouding tussen de aannemers Mooijman en Netjes speelt naar het oordeel van de Hoge Raad mee dat Netjes het *initiatief* heeft genomen tot de feitelijke samenwerking.

In het arrest *Vleesmeesters-Alog* speelt de *spilpositie* van Alog bij de feitelijke afstemming van de prestaties en de moeder-dochterverhouding tussen Alog en Aldi naar mijn mening uitdrukkelijk een rol bij het aanvaarden van zorgplichten ten opzichte van de onderhurende slager.

Echter juist ook *de afwezigheid van een spilfiguur* kan een rol spelen bij het toekennen van rechtsgevolgen aan de feitelijke samenhang tussen rechtsposities.

In het *Edah*-arrest bijvoorbeeld is mede beslissend voor een rechtstreekse aanspraak van Modern op Edah dat naleving van het concurrentiebeding bij uitstek de *horizontale verhouding* tussen de huurders raakt: de verhuurder zat er niet mee. Dit brengt met zich mee dat hier een horizontale vordering mogelijk is en het initiatief tot naleving van het beding niet aan de verhuurder behoefte te worden overgelaten. In verhoudingen waarin wel een centrale spilfiguur is aan te wijzen kan over de mogelijkheid van een dergelijke horizontale vordering anders worden geoordeeld.

¹⁵ Zie hierover Ernes 2001, p. 1037-1041.

Zo meen ik, anders dan met name Vranken¹⁶, dat individuele franchisenemers een franchisenemer die ondermaats presteert door bijv. een slechte serviceverlening en daardoor het franchiseconcept schade toebrengt door de andere franchisenemers in beginsel niet kan worden aangesproken tot nakoming, ontbinding en of schadevergoeding. De band tussen de franchisenemers wordt bepaald door de plicht tot het uitvoeren van het eenheidsconcept waartoe zij zich tegenover de franchisegever hebben verbonden. Het staat vast dat het toezicht en de controle op dit eenheidsconcept is overgelaten aan de franchisegever, die zich te dien aanzien in de individuele franchisecontracten allerlei bevoegdheden voorbehoudt. In deze situatie ligt het mijns inziens voor de hand vorderingen die te maken hebben met het niet-naleven van het franchiseconcept aan de franchisegever over te laten. Niet alleen omdat slechts tussen hem en de franchisegever een contractuele band aanwezig is (daar valt overheen te stappen: dat is nu juist de crux van het aanvaarden van een samenhangende rechtsverhouding) maar omdat de hele structuur van de relatie niet wijst op een eigen recht voor de franchisenemers. De franchisegever is de *spil* tot wie de franchisegevers zich kunnen en naar mijn mening ook moeten wenden. Met Schimansky, die het Nederlandse en Duitse recht ten aanzien van franchising onderzocht¹⁷, ben ik dan ook van mening dat het oordeel van de Hoge Raad in het *Edah*-arrest niet zonder meer kan worden toegepast op de onderlinge relaties tussen franchisenemers.

5) *de vraag of van een betrokkene in de samenhangende rechtsverhouding geveerd kon worden dat hij zich op andere wijze had verzekerd van bescherming.*

Dit gezichtspunt kwam aan de orde bij de bespreking van het arrest *Vleesmeesters-Alog*. Afgewogen moet worden of, gelet op alle feiten en omstandigheden van het geval, een aanspraak gerechtvaardigd wordt geoordeeld. Het gaat er om een bepaalde vorm van free-rider gedrag niet te honoreren. Ook hier blijkt echter de weging van gezichtspunten een subtiel proces. Als andere feiten en omstandigheden in de richting van een aanspraak wijzen, zal het algemene gezichtspunt dat men zijn zaakjes in de eerste plaats zelf op orde moet brengen, aan gewicht verliezen.

6) *andere factoren.*

Het nadeel van gezichtspuntencatalogi is dat zij in beginsel onuitputtelijk zijn. In het voorgaande heb ik dan ook slechts de belangrijkste factoren genoemd die van belang zijn voor het antwoord op de vraag of de concrete samenhang tussen rechtsbetrekkingen en/of rechtsposities moet leiden tot het aannemen van rechtsplichten in meerpartijenverhoudingen of tot het doorwerken van bevoegdheden en/of bindingen. Rechtspolitieke factoren zullen bij het toekennen van rechtsgevolgen aan de samenhang vanzelfsprekend ook een rol spelen. Het uitdrukkelijk in de afweging betrekken van rechtspolitieke argumenten, komt in het Engelse recht fraai tot uitdrukking in de zogenaamde “test of reasonableness”. Of in een bepaald geval een duty of care moet worden aangenomen is, naast andere factoren, afhankelijk

¹⁶ Vranken 2002, p. 45-46. Vgl. ook Linssen 1995, p. 1267-1269. Aanmerkelijk terughoudender is Teubner 2004, p. 181-211, p. 209 die slechts onder zeer bijzondere omstandigheden de franchisenemer een rechtstreekse aanspraak tegenover een mede-franchisenemer toekent.

¹⁷ Schimansky 2003, p. 135-136.

van de vraag of het aannemen van deze duty “fair just and reasonable” is.¹⁸ Allerlei overwegingen van rechtspolitieke aard kunnen hierbij een rol spelen, zoals verzekeringsaspecten, floodgate-argumenten etc. In het Nederlandse recht spelen rechtspolitieke factoren vanzelfsprekend ook mee, maar dat gebeurt op een minder rechtstreekse manier. Zij kunnen een rol spelen in het kader van “de omstandigheden van het geval”, in het kader van het relativiteitsvereiste¹⁹ of in het kader van de waardering van de “aard van de verhouding tussen partijen en de daarbij betrokken belangen”. Het zou mij aanspreken als hier (vaker) voor een meer openlijke afweging zou worden gekozen, buiten de kaders van de dogmatiek om.²⁰

Ik acht mij op deze plaats ontslagen van de plicht hier alle denkbare omstandigheden en factoren te noemen die bij het verbinden van rechtsgevolgen aan samenhangende verhoudingen een rol kunnen spelen. Dankbaar maak ik gebruik van de formule van de Hoge Raad dat ook “de overige omstandigheden van het geval” in de afweging moeten worden betrokken. Een zwakgebod is dat niet. Zoals Loth zegt:

“(…) telkens blijkt dat er in het domein van de praktische rede geen zekerheden bestaan, maar dat evenmin telkens alles opnieuw hoeft te worden bedacht, kortom dat alles van de context afhankelijk is. En dat is inderdaad de stelling van het contextualisme.”²¹

Centraal gezichtspunt bij het toekennen van rechtsgevolgen aan samenhangende rechtsverhoudingen is telkens weer de “*wederzijdse zorgplicht*”. Partijen moeten over en weer rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. *Beider* rechten en bevoegdheden worden gerelativeerd omdat zij in verhouding staan tot de rechten en bevoegdheden van de ander.²² Dit houdt in dat iedere keer beproefd moet worden wat het zwaarste weegt. De bijdrageplicht van Caribic of zijn “*recht er niet bij te willen horen*”. Minks recht op zelfbeschikking ten aanzien van zijn appartementsrecht of Paques’ “recht op centrale verhuur”. Het recht van Edah op uitbreiding van haar commerciële activiteiten of het recht van Modern om daartegen beschermd te worden. Het antwoord is niet in het algemeen te geven. De rechtvaardiging voor wat het zwaarst weegt ligt steeds – meer zekerheid heeft het recht niet te bieden – in de “aard van het concrete geval”.

¹⁸ Dit criterium is door Lord Keith of Kinkel geïntroduceerd in *Governors of the Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson & Co Ltd and others* [1984] 3 ALL ER 529, 534. Zie ook *Caparo Industries plc. v. Dickman* [1990] 1 ALL ER 568.

¹⁹ Een voorbeeld van een arrest waarin de Hoge Raad aansprakelijkheid gewoon buiten de deur wil houden, maar dit verpakt in het ontbreken van relativiteit is HR 7 mei 2004, *RvdW* 2004, 67 (*Duurbak-Linda*).

²⁰ Zie ook Giesen 2005, p. 170, naar aanleiding van het in de vorige noot genoemde arrest.

²¹ Loth 2002, p. 41.

²² Vgl. Vranken 1996, p. 93: “(...) rechten en bevoegdheden zijn gerelativeerd doordat ze onder het banier zijn geplaatst van hun verhouding tot anderen.”

4 De gezichtspunten in een rechtsvergelijkend perspectief

4.1. Inleiding.

De hierboven genoemde gezichtspunten lijken aan te sluiten bij wat uit rechtsvergelijkende studie afgeleid kan worden uit het Engelse en Duitse recht. Het vereist echter allereerst een uiteenzetting van het Engelse en Duitse recht inzake samenhangende rechtverhoudingen om tot die bevindingen te kunnen geraken. Ik kan op deze rechtsstelsels vanzelfsprekend minder diep in gaan dan op het Nederlandse recht. Op het niveau van de rechtsvergelijking, past hier, meer dan al het geval is ten aanzien van het eigen recht, bescheidenheid.

Zo kan ik over de vraag wat in andere rechtsstelsels de reikwijdte is van het beginsel dat men rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van een ander geen uitspraak doen. Deze rechtsnorm heeft zich in Het Nederlandse recht kunnen ontwikkelen dankzij de open norm van de redelijkheid en billijkheid en het belangrijke arrest *Baris-Riezenkamp*. Wat echter de inhoud en betekenis is van redelijkheid en billijkheid is op Europees niveau nog lang niet opgehelderd.

Hoe moeilijk dat ook is blijkt onder meer uit het door Zimmermann en Whittaker opgezette onderzoek naar de betekenis van *Good faith in European contract law*.²³ In het onderzoek wordt op basis van de op een aantal casus geformuleerde antwoorden bepaald of uit de gegeven antwoorden een voldoende mate van overeenstemming blijkt over de te bereiken uitkomst. Bronsword oordeelt, en naar mijn mening terecht, dat bij een op deze basis uitgevoerd onderzoek, hoe belangrijk ook, "something is missing".²⁴ De studie gaat uit van een soort bottom-line agreement zonder in te gaan op de grondgedachten (de baseline arguments) die de notie van good faith en fairness begeleiden. Een op dergelijke wijze uitgevoerd onderzoek kan dan ook op slechts marginale wijze inzicht geven in de mate waarin in een rechtsstelsel sprake is van een meer individualistische (het voorrang mogen geven aan het eigen belang) of altruïstische benadering (meer gericht op de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij).²⁵ Hesselink heeft de handdoek voor wat betreft de inhoudelijke betekenis van de redelijkheid en billijkheid, helemaal in de ring gegooid. Hoewel zijn breed uitgevoerde studie *Redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* daar naar mijn mening helemaal geen aanleiding toe geeft, en integendeel een waardevolle aanzet is tot een nadere inhoudsbepaling, is hij van oordeel dat redelijkheid en billijkheid een volstrekt inhoudsloze norm is.²⁶ Hoe dan ook: nadere studie lijkt hier geboden.

Ik richt me bij de rechtsvergelijking dan ook op het systeemniveau. Hoe gaat men in het Duitse en Engelse recht om met samenhangende rechtverhoudingen? Ik richt me bij de rechtsvergelijking op situaties waarin twee betrokkenen (A en C) in een meerpartijenverhouding niet *met elkaar* hebben gecontracteerd, maar waarin hun verhouding wel deel uitmaakt van, is ingebed in een zekere contractuele matrix. Welke invloed heeft de achtergrond van dit netwerk van contracten op de aanspraak van A ten opzichte van C? Vrijwel buiten beschouwing laat ik de gevallen die behoren tot de problematiek van de zogenaamde "eigendomsoverdragende

²³ Zimmermann/Whittaker 2000.

²⁴ Bronsword 2001, p. 641.

²⁵ Bronsword 2001, p. 630 en 641.

²⁶ Hesselink 1999, p. 408.

contractkettingen”²⁷, dat wil zeggen de gevallen waarin een latere verkrijger de voorschakel in een keten aanspreekt wegens een gebrek in het verkregen goed.

4.2. Het Engelse recht.

De rechtsontwikkeling met betrekking tot samenhangende rechtsverhoudingen vindt in het Engelse recht vooral plaats binnen het domein van de tort of negligence. Het contract als basis voor een actie is uitgesloten vanwege de strikte handhaving van de *privity rule*, het equivalent van ons relativiteitsbeginsel.

“(...) a contract cannot (as a general rule) confer rights or impose obligations arising under it on any person except the parties to it.”²⁸

Het eerste aspect van de *privity rule* werd van oudsher gezien als een onderdeel van het leerstuk van de *consideration*. De derde heeft geen recht om op basis van het contract te ageren *omdat* hij in ruil voor de belofte van de partij niets terug heeft gegeven, geen *consideration* heeft verschaft.²⁹ Thans worden de *privity-rule* en het *consideration*-vereiste voorzichtig van elkaar onderscheiden.³⁰ Dat de derde noch rechten, noch plichten kan ontlelen aan het contract komt omdat hij bij dat contract geen partij is, en heeft niets te maken met het feit dat hij als derde geen *consideration* heeft verschaft. Wat er zij van de formele verhouding tussen *privity* en *consideration*: de gedachte achter het *consideration*-vereiste als het om het toekennen van rechten aan derden gaat, is beslist niet uitgebannen. Nog steeds wordt waarde gehecht aan het argument dat wanneer een derde een recht zou kunnen ontlelen aan het contract waarbij hij geen partij is, de derde iets voor niets zou krijgen. Waarom zou de derde wel de lusten van het contract genieten terwijl hij daar niets tegenover heeft gesteld, zo luidt de redenering.³¹ Nog steeds klinkt dan ook de echo van de woorden van J. Crompton in *Tweddle v. Atkinson*³²

“The modern cases (...) show that the consideration must move from the party entitled to sue upon the contract. It would be a monstrous proposition to say that a person was a party to the contract for the purpose of suing upon it for his own advantage, and not a party to it for the purpose of being sued.”³³

Dit argument van het ontbreken van wederkerigheid, van “mutuality” heeft ook het effect gehad dat een aantal auteurs, vooral Markesinis en Whittaker opteren voor een benadering van samenhangende rechtsverhoudingen op basis van *contractuele oplossingen*: niet de tort of negligence is het juiste domein voor het toe-

²⁷ Claeys 2003, p. 472.

²⁸ Chitty on Contracts 2004, p. 1075. Zie ook Collins 2003, p. 303-304.

²⁹ Zie Flannigan, 1987 (2001), p. 32-34, met verdere verwijzingen.

³⁰ Vgl. Chitty on Contracts 2004, p. 1082-1083. Zie ook Adams/Brownsword 1990, p. 21-23, alsmede Collins 2003, p. 315-316. Collins wijst er echter op p. 315 (nt. 20) op dat zijn visie op het te maken onderscheid tussen het leerstuk van *consideration* en de *privity rule* “has often been questioned”.

³¹ Vgl. Markesinis/Deakin 2003, p. 142.

³² (1861) 1 B&S 393, als geciteerd door Adams/Brownsword 1990.

³³ (1861) 1 B&S 393, p. 398.

kennen van acties in samenhangende rechtsverhoudingen, maar dit gebied moet verder ontwikkeld worden door het toelaten van uitzonderingen op de privity-rule. Derden kunnen dan weliswaar rechten ontleen aan het contract, maar in zekker opzicht zullen zij daar dan ook de lasten van moeten dragen, zoals het tegen zich moeten laten gelden van exoneratieclausules.³⁴ Markesinis haalt zijn inspiratie voor deze oplossing in het Duitse recht³⁵, Whittaker heeft zich laten inspireren door de in hoofdstuk 4 besproken Franse theorie van de groepen van contracten.³⁶ De stand van het Engelse recht is op dit moment echter nog steeds dat buiten wettelijke voorzieningen om³⁷, de claims in groepen van contracten afgewikkeld worden via de tort of negligence, terwijl slechts een enkele keer een ander concept, zoals *agency* een oplossing biedt. De claims van betrokkenen in “multi-party relations” is derhalve in beginsel “*tortious in nature*”.³⁸

Het conceptuele kader waarbinnen de claim moet worden beoordeeld is steeds hetzelfde. Als kan worden vastgesteld dat C ten opzichte van A een duty of care heeft die is geschonden, komt de vordering van A voor vergoeding in aanmerking. Conform de beslissing van het House of Lords in *Caparo Industries plc. v. Dickman*³⁹ gelden de volgende eisen voor aanvaarding van een duty of care.

- 1) de eis van *voorzienbaarheid* (“foreseeability”): was het voorzienbaar dat de ander schade zou lijden als gevolg van het gewraakte gedrag?
- 2) de eis van *proximity*: was de relatie tussen laedens en gelaedeerde zodanig “close” dat dit het bestaan van een duty rechtvaardigt?, en
- 3) de eis van “reasonableness”. Is het aannemen van een duty of care in het concrete geval “*fair, just and reasonable*”, met andere woorden: zijn er rechtspolitieke factoren die aan het aanvaarden van een duty of care in dit onderhavige geval in de weg staan?

De eis van proximity is een moeilijk concept, dat ook de Engelse commentatoren maar moeilijk in de greep krijgen en dat met wisselend enthousiasme wordt begroet.⁴⁰ De eis van proximity heeft voornamelijk de functie om de *relatieve positie van de partijen ten opzichte van elkaar te bepalen*: naarmate meer factoren in deze relatie wijzen op een situatie van closeness, van directness, zal een duty of care eerder gerechtvaardigd zijn.⁴¹ Terwijl de eis van foreseeability zich concentreert op de vraag of het voor de laedens voorzienbaar was dat de gelaedeerde schade zou lijden, focust de eis van proximity zich op de relatie tussen laedens en gelaedeerde. Er is niet één test die bepaalt of er proximity is tussen de partijen, uiteindelijk verwijst het concept naar een “evaluation of facts in a particular case”.⁴² Dit neemt niet weg

³⁴ Vgl. Markesinis 1987, p. 371. Zie ook Whittaker 1996, p. 193.

³⁵ Markesinis 1987.

³⁶ Whittaker 1995 en 1996.

³⁷ Een grote wijziging ten aanzien van de positie van derden bracht de Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999. In deze wet wordt – kort gezegd – het derdenbeding erkend. Dit lost de moeilijkheden slechts zeer gedeeltelijk op omdat in zeer veel gevallen van samenhangende rechtsverhoudingen ook niet een dergelijk derdenbeding aanwijsbaar is.

³⁸ Vgl. Markesinis 1987, p. 371.

³⁹ [1990] 2 AC 605.

⁴⁰ Kritisch: Markesinis/Deakin, 2003, p. 88-90. Positief: Witting 2004, in het bijzonder p. 28-33.

⁴¹ Vgl. Witting 2004, p. 26-27. zie ook Markesinis/Deakin 2003, p. 88 e.v.

⁴² Witting 2004, p. 26.

dat in bepaalde typen van gevallen strengere eisen worden gesteld alvorens de noodzakelijke proximity wordt aangenomen dan in andere gevallen. In het bijzonder waar de vergoeding van *pure economic loss* aan de orde is, is dat het geval. Ook overigens moet de waarde van de “*three stages test*” niet worden overschat. Het Engelse recht ontwikkelt zich nu eenmaal niet vanuit een vast conceptueel kader, maar op basis van een veelheid aan te onderscheiden gevalgroepen, die ieder op zich een min of meer gesloten karakter hebben, met steeds weer andere “*binding precedents*”. Deze benadering geldt ook waar het de vergoeding van *pure economic loss* betreft. Hier wordt onderscheid gemaakt tussen de verschillende manieren waarop economic loss kan worden toegebracht. Gevallen waarin de schade is veroorzaakt door een gebrekkig gebouw of product worden daarbij anders behandeld dan gevallen waarin de schade is toegebracht door onjuiste informatie of dienstverlening. Dit is wat wel genoemd wordt de “*pockets of case law approach*”. Tegen de achtergrond van dit ingewikkelde raamwerk van de tort of negligence kunnen de hoofdlijnen van de stand van het recht met betrekking tot de claims in samenhangende rechtsverhoudingen als volgt worden weergegeven.

I.

Als A de verkrijger is van een gebouw of product dat door C is gebouwd of in het verkeer gebracht heeft A geen aanspraak in tort jegens C als de schade van A *zuivere vermogensschade* betreft die voortvloeit uit het feit dat hij een ondeugdelijk product of gebouw heeft verkregen. De rechtspraak is hier uiterst restrictief.⁴³ De noodzakelijke proximity wordt in deze gevallen slechts aanwezig geacht als er sprake is van een bijzonder nauwe band tussen A en C. In de meeste gevallen wordt de aanspraak afgewezen omdat aan deze strenge eis niet is voldaan. Alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden, waarin er sprake is van een relatie “*akin to contract*” is voor een aanspraak van A jegens C plaats.⁴⁴

II.

Als niet A (de verkrijger van het defecte product of gebouw) de vordering tot vergoeding van *pure economic loss* instelt, maar bijv. de hoofdaannemer (B) die in zijn relatie tot de opdrachtgever (A) de schade moet dragen, heeft ook deze hoofdaannemer geen aanspraak in tort tegen een door zijn eigen onderaannemer (C) ingeschakelde (onder) onderaannemer (D, E etc.). De claims moeten worden afgewikkeld via de afzonderlijke contractuele schakels.⁴⁵ Bingham L.J. heeft de visie verdedigd dat een aanspraak in tort (slechts) gelegitimeerd is als het contractenrecht een *leemte* laat zien die onrechtvaardig uitpakt voor de betrokkenen. Hij vervolgt:

“I can see no gap here, because there is no reason why claims (...) should not be pursued down the contractual chain, subject to any short-cut which may be agreed upon, ending up with a contractual claim against the defendants. That is the usual

⁴³ *Murphy v. Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398. Zie over dit type gevallen onder meer Bernstein 1998, p. 295 e.v. en p. 748-750. Zie ook: Markesinis/Deakin 2003, p. 131-136.

⁴⁴ Vgl. *Junior Books Ltd v. Veitchi Co Ltd* [1983] 1 A.C. 520.

⁴⁵ *Simaan General Contracting Co v. Pilkington Glass Ltd* [1988] 1 QB 758.

procedure. It must be what the parties contemplated when they made their contracts. I see no reason for departing from it.”⁴⁶

En Lord Dillon:

“In the present case I can see nothing whatever to justify a finding that the defendants had voluntarily assumed a direct responsibility to the plaintiffs. (...) On the contrary, all of the indications are the other way, and show that a chain of contractual relationships was deliberately arranged the way it was without any direct relationships between the plaintiffs and the defendants.”⁴⁷

Ook Dillon is derhalve van oordeel dat de claims moeten worden afgewikkeld volgens de “normal chain of liability”.

III.

Als de schade van A in een contractueel netwerk het gevolg is van beschadiging van zijn eigendom (het betreft met andere woorden *geen* geval van pure economic loss) dan is de claim tegen C in beginsel toewijsbaar op basis van de tort of negligence, mits voldaan is aan de eisen van voorzienbaarheid en proximity. Niettemin kan hier het feit dat de aanspraak zich voordoet tegen de achtergrond van een netwerk van contracten de duty in tort beperken omdat het aanvaarden van een duty of care niet “fair, just and reasonable” zou zijn. In het bijzonder geldt dit wanneer een contractuele risico-allocatie verstoord dreigt te worden. Twee uitspraken kunnen dit illustreren.

Allereerst de zaak *Norwich City Council v. Harvey*.⁴⁸ De opdrachtgever tot de bouw van een zwembad had in zijn contract met de aannemer het risico van brandschade op zich genomen. Wanneer de ingeschakelde onderaannemer brand veroorzaakt tracht de opdrachtgever de schade te verhalen op deze onderaannemer. De vordering slaagt niet omdat het naar het oordeel van de Court of Appeal niet “fair, just and reasonable” is om in dit geval een duty of care van de onderaannemer aan te nemen. Het achterliggende argument is hier dat de opdrachtgever ten opzichte van de hoofdaannemer het risico van brandschade had geaccepteerd en zich dientengevolge had verzekerd. De onderaannemer mocht op deze vrijwillige risicoallocatie vertrouwen.⁴⁹

Een soortgelijk argument werd gehanteerd in de uitspraak van de House of Lords in de zaak *Marc Rich & Co AG Bishop Rock marine Co Ltd. (The Nicholas H.)*.⁵⁰ In deze zaak vorderen de eigenaren van goederen die aan boord waren van een gezonken schip schadevergoeding van de scheepvaartinspecteur, die het schip als zeewaardig had goedgekeurd. De claim wordt door de House of Lords afgewezen omdat de risico-allocatie ten aanzien van het ontstaan van schade aan de met het schip

⁴⁶ *Simaan General Contracting Co v. Pilkington Glass Ltd* [1988] 1 QB 758, p. 782. Deze leemtetheorie moet echter worden gerelativeerd. In de hierna te bespreken uitspraak betreffende *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.* (1995) 2 A.C. 145 is uitdrukkelijk erkend dat samenloop (en oneigenlijke samenloop) van een contractuele vordering met een buitencontractuele vordering mogelijk is.

⁴⁷ [1988] 1 QB 758, p. 785.

⁴⁸ [1989] 1 ALL ER 1180.

⁴⁹ Zie *Collins* 2003, p. 307.

⁵⁰ [1996] 1 AC 211.

vervoerde zaken heeft plaatsgevonden in de contracten tussen de eigenaren en de vervoerders. Deze contracten werden beheerst door de *Hague Rules*, waarin aansprakelijkheid en beperkingen en uitsluitingen dienaangaande uitvoerig zijn geregeld. Deze contractuele regeling van de risico's mag niet verstoord worden door het toekennen van een tort-claim jegens de scheepvaartinspecteur. Lord Steyn sluit aan bij de redenering van Saville L.J. in de Court of Appeal die overwoog:

“(...) the Rules (de Hague Rules, MvL) create an intricate blend of responsibilities and liabilities, rights and immunities and limitations on the amount of damages recoverable (...) in relation to the carriage of goods under bills of lading. The proposition advanced by [the plaintiff's council] would add an identical duty owed by the classification society to that owed by the ship owners, but without any of these balancing factors, which are intentionally recognized and accepted. I do not regard that as a just, fair or reasonable proposition”.

Lord Steyn wijst ook op verzekeringsaspecten. Het aanvaarden van aansprakelijkheid van de “classification societies” noodzaakt deze maatschappijen tot het verzekeren van dit risico. Dit leidt tot maatschappelijk hogere kosten dan het afhandelen van deze kwesties in de relatie tussen de eigenaren van de goederen en de eigenaar van het schip.

Men ziet dat hier de techniek gebruikt wordt van het inperken van de buitencontractuele aanspraak met het oog op elders in het netwerk aanwezige aansprakelijkheidsbeperkende bedingen. Deze techniek is in het Engelse recht ook nodig, omdat de privity-rule rechtstreekse doorwerking van exoneratie-bedingen verbiedt, behoudens bijzondere situaties en expliciete wettelijke regelingen. Naar Nederlands recht lijkt het mij aannemelijk dat in de Norwich City Council-zaak de benadering in het *Securicor*-arrest zou kunnen worden gevolgd: wel een aanspraak op grond van onrechtmatige daad, maar in beginsel ook doorwerking van de exoneratieclausule, vanwege de bijzondere betrokkenheid van de opdrachtgever bij de vormgeving van de risico-allocatie. De zaak *Marc Rich* vertoont een opmerkelijke parallel met het arrest van de Hoge Raad betreffende *duwbak Linda*⁵¹ waarin de Hoge Raad de aansprakelijkheid van de Staat wegens het ten onrechte afgeven van een veiligheidscertificaat met betrekking tot een schip dat later verongelukt afwees. De Hoge Raad oordeelt dat de

“uit de algemene verantwoordelijkheid van de Staat voor een veilig scheepvaartverkeer voortvloeiende verplichting bij de keuring van schepen met het oog op de afgifte of verlenging van een certificaat van onderzoek zorgvuldig te werk te gaan, niet de strekking heeft een in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan doordat de ondeugdelijkheid en onveiligheid van het schip bij de door of onder verantwoordelijkheid van de Staat verrichte keuring ten onrechte niet aan het licht is gekomen. Aan de omstandigheid dat de keuring onvoldoende zorgvuldig heeft plaatsgevonden, kunnen derden dan ook niet een aanspraak tot vergoeding van vermogensschade jegens de Staat of de voor het verrichten van de keuring ingeschakelde particuliere onderzoeksbureaus ontfangen”.

⁵¹ HR 7 mei 2004, *RvdW* 2004, 67.

De zaken en de argumenten verschillen, maar er is ook een parallel: de onbeperkte aansprakelijkheid van scheepvaartinspecteurs moet – vanuit het oogpunt van het algemeen belang – worden voorkomen.⁵²

IV.

Als A zuivere vermogensschade lijdt als gevolg van een *gebrekkige dienstverlening* (*defective services*) door C, dan moet weer in een andere “broekzak” worden gekeken. De vordering van A is dan nl. toewijsbaar als voldaan is aan het vereiste van *voluntary assumption of responsibility*. Dit vereiste stamt uit de beroemde zaak *Hedley Byrne & Co Ltd. v Heller & Partners Ltd.* waarin de House of Lords aansprakelijkheid in tort erkende voor door onjuiste mededelingen veroorzaakte zuivere vermogensschade.⁵³ De vereisten die uit deze uitspraak worden afgeleid, worden in de Engelse rechtspraak niet alleen toegepast op zaken die precies vallen onder “de authority” van deze uitspraak, maar ook op kwesties die een zekere gelijkenis met deze zaak vertonen. Het beroemde geval van *White v. Jones*⁵⁴ valt in deze categorie, maar ook het voor samenhangende verhoudingen in het bijzonder van belang zijn de geval van *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.*⁵⁵ In deze zaak kende de House of Lords een aanspraak toe aan verzekeraars tegen de agenten (management-agents) van hun wederpartij (de member-agents) die onzorgvuldig met de belangen van de verzekeraars waren omgesprongen door onverantwoorde verzekeringsrisico’s te “onderschrijven”. Op basis van het criterium *voluntary assumption of responsibility* wordt aansprakelijkheid in tort aanvaard van de management-agents ten opzichte van de verzekeraars. Nadrukkelijk wordt onderzocht of het contractuele evenwicht wordt verstoord door het toekennen van de claim. De Lords zijn van mening dat dit niet het geval is, omdat in de onderhavige situatie een claim van de wederpartij van de verzekeraars op de management-agents op basis van het contract identiek zou zijn aan de claim van de verzekeraars *in tort*, zodat er geen reden is om in deze situatie aan de verzekeraars de tort-claim te onthouden. De Lords laten echter niet na te benadrukken dat dit oordeel niet inhoudt dat ook in anders gestructureerde netwerken van contracten een aanspraak op zijn plaats is. Zo geeft Lord Goff uitdrukkelijk te kennen dat zijns inziens een aanspraak tot vergoeding van zuivere vermogensschade van een opdrachtgever in de bouw jegens een onderraannemer moet worden afgewezen.

“I put on one side cases in which the sub-contractor causes physical damage to property of the building owner, where the claim does not depend on an assumption of responsibility by the sub-contractor to the building owner; though the sub-contractor may be protected from liability by a contractual exemption clause authorised by the building owner. But if the sub-contracted work or materials do

⁵² Zie ook Markesinis/Deakin 2003, p. 95, tekst boven noot 118. Schrijvers betogen dat de Staat en andere publieke autoriteiten die handelen in het algemeen belang “may benefit from a qualified protection from liability in respect of physical harm. We suggest that a principle of this kind offers the best explanation for the otherwise puzzling decision of the House of Lords in the property-damage case of *Marc Richi*” (cursivering van mij, MvL). Zie voor kritiek op de argumentatie van de Hoge Raad in het arrest *Duubak-Linda* op basis van het relativiteitsvereiste, Giesen 2005, p. 170.

⁵³ [1964] A.C. 465.

⁵⁴ [1995] 2 A.C. 207.

⁵⁵ [1995] 2 A.C. 145.

not in the result conform to the required standard, it will not ordinarily be open to the building owner to sue the sub-contractor or supplier direct under the Hedley Byrne principle, claiming damages from him on the basis that he has been negligent in relation to the performance of his functions. For there is generally no assumption of responsibility by the sub-contractor or supplier direct to the building owner, the parties having so structured their relationship that it is inconsistent with any such assumption of responsibility.”

Wat echter het precieze verschil is tussen de casus die aan de orde is in Henderson en de casus waarin een onderaannemer schade toebrengt aan de opdrachtgever blijft zo echter onopgehelderd. Niet duidelijk wordt immers welke bijzondere omstandigheden maken dat in het ene geval wel en in het ander geval geen voluntary assumption of responsibility wordt aangenomen. Het is ook juist vanwege deze onzekerheden en in zekere zin ongerijmdheden, dat Jane Stapleton ervoor pleit ter zake van de vergoeding van pure economic loss de zogenaamde pockets of case law benadering te verlaten en te kiezen voor een

“open textured form of legal reasoning that focuses on identifying, expounding and applying the underlying concerns guiding courts”.⁵⁶

Stapleton ziet in dit verband ontwikkelingen in de Commonwealth-landen die erop wijzen dat de “open textured” benadering steeds meer gevolgd wordt waarbij het gaat om afweging van een aantal centrale gezichtspunten. Deze gezichtspunten zijn aldus Stapleton, naast de eis van foreseeability en een special relationship: 1) de vraag of de casus behoort tot de gevallen waarin op legitieme wijze het eigen belang wordt nagestreefd, dan wel behoort tot de categorie van gevallen waarin hierbij grenzen zijn overtreden; 2) de vraag of de groep van slachtoffers en de omvang van de vergoedbare schade op aanvaardbare en rationele wijze kan worden vastgesteld; 3) de vraag of het slachtoffer zich adequaat op andere wijze had kunnen beschermen; 4) dan wel het slachtoffer op bijzondere wijze kwetsbaar was, waarbij deze zelfbescherming niet kan worden gevraagd. Door in alle zaken van economic loss deze afwegingsfactoren te gebruiken kan een evenwichtige behandeling van economic-loss gevallen plaatsvinden en kunnen tegenstrijdige uitspraken worden voorkomen⁵⁷, zoals bijv. het feit dat een kwetsbare (consument) koper zijn schade niet van de bouwmaatschappij die gebrekkig bouwde, kan vorderen⁵⁸, maar onder omstandigheden wel van de taxateur die de gebreken in het gebouw niet heeft ontdekt.⁵⁹

De stand van het Engelse recht ten aanzien van het toekennen van vorderingen in samenhangende rechtverhoudingen kan aldus als terughoudend en onzeker worden gekenschetst. Als in gevallen van zuivere vermogensschade sterke argumenten pleiten voor toekennen van de vordering op basis van het Hedley Byrne-principe, staat niets in de weg aan het toekennen van een claim. Dit vereist echter een zeer

⁵⁶ Stapleton 2003, p. 535. Zie ook reeds Stapleton 1991.

⁵⁷ Stapleton 2003, p. 555, nt. 117.

⁵⁸ *D & F Estates Ltd. v. Church Commissioners for England* [1989] AC 177.

⁵⁹ *Smith v. Bush* [1989] 2 ALL ER 798.

nauwe band tussen laedens en gelaedeerde, die niet snel wordt aangenomen en die bovendien kan worden ontkracht door policy-factoren. Ook in gevallen waarin fysieke schade aan goederen is ontstaan geldt dat, zodra het omzeilen van een in het netwerk aanwezige contractuele risicoallocatie in het geding is, dit sterk pleit tegen het toekennen van een vordering.

4.3. Het Duitse recht.

4.3.1. Grensgebied

Voor het Duitse recht is kenmerkend dat de positie van betrokkenen in samenhangende rechtsverhoudingen in hoofdzaak benaderd wordt vanuit *het perspectief van het contractenrecht*. De claim die derden onder omstandigheden kunnen handhaven tegen een contractspartij is “*contractual in nature*”.⁶⁰ Dit heeft alles te maken met het feit dat de regeling van de delictuele aansprakelijkheid beperkingen kent, die in bepaalde situaties als te knellend werden ervaren. Zuivere vermogensschade komt op delictuele grondslag alleen voor vergoeding in aanmerking als sprake is van aantasting van de in par. 823 I BGB genoemde rechtsgoederen (persoonlijkheidsrechten, eigendomsrecht en daaraan verwante absolute rechten) of als sprake is van schending van een geschreven norm die er speciaal toe strekt tegen deze vorm van schade te beschermen (par. 823 II BGB). Daarnaast kan vergoeding van zuivere vermogensschade gevorderd worden als sprake is van – kort gezegd – opzettelijk toegebrachte schade (par. 826 BGB). Een andere beperking van het Duitse onrechtmatige daadsrecht is dat aansprakelijkheid voor hulppersonen berust op een schuldaansprakelijkheid met omkering van de bewijslast, terwijl in contract een met art. 6:76 vergelijkbare regeling geldt (par. 278 BGB).

Merkwaardig genoeg is in het Duitse recht het *relativiteitsbeginsel* nauwelijks gezien als een obstakel voor het aanvaarden van de contractuele oplossingen in situaties waarin derden betrokken zijn. Gevallen waarin derden, buiten het derdenbeding om, aanspraken kunnen ontleenen aan het contract, worden weliswaar als uitzonderingen gezien op het ook aan het Duitse recht ten grondslag liggende beginsel van de *Relativität des (vertraglichen) Schuldverhältnisses*⁶¹, maar een belangrijk probleem heeft men daarin niet gezien. Volgens Köndgen is er in de huidige rechtsleer zelfs:

“(...) kaum noch ein Autor, der für das Relativitätsprinzip eine Lanze brechen möchte”.⁶²

Door de beperkingen van het onrechtmatige daadsrecht én de pragmatische omgang met het relativiteitsbeginsel zijn in het Duitse recht (quasi) contractuele op-

⁶⁰ Markesinis 1987, p. 371.

⁶¹ Vgl. Par. 241 en par. 311, Abs. 1. BGB.

⁶² Köndgen 1999, p. 23. Köndgen constateert dat het relativiteitsbeginsel vooral wordt gebruikt om absolute rechten van relatieve rechten te onderscheiden en om de negatieve contractiviteit van de derde te benadrukken: buiten de derde om kunnen aan deze geen plichten worden opgelegd. Het toekennen van rechten aan derden wordt als veel minder problematisch beschouwd en pragmatisch bejegend. Zie bijv. Gernhuber 1989, p. 461. “(...) die Frage nach Drittwirkungen fremder Schuldverhältnisse (ist) nichts anderes als eine Frage zeitgebundener Wertung und zweckmäßiger Regelung”. Voor een ‘herwaardering’ van het relativiteitsprincipe pleit nochtans Henke 1989.

lossingen aanvaard in gevallen waarin de betrokkenen weliswaar niet in een contractuele verbinding staan, maar waarin een verdergaande bescherming noodzakelijk werd geacht dan het onrechtmatige daadsrecht kon bieden. Zo is in het Duitse recht daadwerkelijk een *grensgebied* ontstaan tussen contract en onrechtmatige daad. Kunnen wij ons in Nederland behelpen met de ruime regeling van de onrechtmatige daad, en het Engelse recht met de ruimte die de tort of negligence biedt, in Duitsland is een heuse landkaart beschikbaar voor een grensgebied tussen contract en onrechtmatige daad met daarop de begaanbare wegen. Tot het grensgebied worden voornamelijk gerekend de precontractuele verhouding (*culpa in contrahendo*), de verhouding tussen partijen bij een nietige overeenkomst, én – in het kader van deze studie vooral van belang – de verhouding tussen contractspartijen en derden.

Vooropgesteld moet worden dat het in het grensgebied – daarover bestaat een zekere *communis opinio* – steeds gaat om zogenaamde Schutzpflichten. Schutzpflichten onderscheiden zich van primaire prestatieplichten (*Leistungspflichten*) omdat schending van een Schutzpflicht *slechts* recht geeft op schadevergoeding: nakoming kan niet worden afgedwongen.⁶³ De meeste auteurs onderscheiden de Schutzpflichten ook van zuiver delictuele plichten (*Verkehrspflichten*).⁶⁴ Zij zijn niet zuiver delictueel omdat ze steeds verbonden zijn aan een situatie waarin tussen partijen een *Sonderverbindung* ontstaat, dat wil zeggen:

“jede Beziehung (...) in der (mindestens) eine ausserdeliktische Schutzpflicht besteht, deren Verletzung eine (ausserdeliktische) Schadenersatzpflicht auflöst. Der Begriff der Sonderverbindung knüpft insoweit an die Beobachtung an, dass in den Fällen der gewünschten und bejahten Schutzpflichthaftung bei aller Verschiedenheit der Konstellationen *Schädiger und Geschädigter sich anders als grundsätzlich im Deliktsrecht schon vor der Schädigung nicht beziehungslos gegenüber stehen.*”⁶⁵

Het onrechtmatige daadsrecht heeft betrekking op de “*Haftung gegen jedermann*”; de aansprakelijkheid wegens schending van een Schutzpflicht heeft slechts betrekking op die verhoudingen waarin tussen de betrokkenen al een rechtens relevante

⁶³ Dit onderscheid is overigens onzuiver. Er zijn “Schutzpflichten” waarvan wel degelijk nakoming gevorderd kan worden, zoals de plicht van de werkgever om voor een veilige arbeidsomgeving te zorgen. De werknemer kan zijn plicht tot het verrichten van arbeid opschorten, zolang de werkgever niet aan zijn Schutzpflicht heeft voldaan (par. 273 BGB). Zie Schlechtriem 2003, p. 72 en Medicus 2005, p. 158. Medicus betoogt dat – principieel – beschouwd van alle plichten nakoming verlangd kan worden, ook van Schutzpflichten, maar dat het recht op nakoming hier praktisch gezien niet aan de orde is. Schlechtriem geeft het voorbeeld van de klant van de supermarkt: theoretisch gesproken zou hij van de supermarkt kunnen verlangen dat de bodem van bananenschillen wordt ontdaan alvorens hij de winkel betreedt, maar dit is nu eenmaal niet de bedoeling van Schutzpflichten in engere zin: zij zijn enkel in het leven geroepen om een schadevergoedingsaanspraak mogelijk te maken in geval van niet-nakoming. Vandaar dat gezegd wordt dat nakoming vragen “niet mogelijk” is.

⁶⁴ De belangrijkste en waarschijnlijk meest gezaghebbende uitzondering wordt gevormd door Von Bar die pleit voor een uitbreiding van het onrechtmatige daadsrecht zodat, zoals bij ons, de grensgevallen kunnen worden opgelost met behulp van het onrechtmatige daadsrecht. Zie (onder meer) Von Bar 1980 en 1999, p. 106.

⁶⁵ Krebs 2000, p. 6.

“Beziehung” aanwijsbaar is (onderhandelingen, vertrouwen op het oordeel van een expert etc.) voordat de schade wordt toegebracht.

Voor wat betreft de inbedding van de Schutzpflichten in het systeem is Canaris ongetwijfeld het meest invloedrijk geweest. Canaris⁶⁶ heeft de idee van een *Dritte Spur* verdedigd. Dit Dritte Spur is aan de orde overal waar tussen “partijen” Schutzpflichten ontstaan. Deze situaties kunnen allemaal gekenschetst worden als een “*einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*”. De verbintenis ontstaat krachtens de wet, onafhankelijk van de wil van betrokkenen en vindt zijn rechtvaardiging in het bestaan van een vertrouwensverhouding (Vertrauensverhältnis) tussen laedens en gelaedeerde. Zo ontstaat een derde Spur van aansprakelijkheid – de *Vertrauenshaftung* – tussen contractuele en delictuele aansprakelijkheid. Hoewel de gedachte dat het instaan voor gewekt vertrouwen de dragende grondslag is voor alle aansprakelijkheden in het grensgebied krachtig is bestreden⁶⁷, en ook in de rechtspraak geen keuze wordt gemaakt voor het vertrouwen als alomvattende grondslag, heeft Canaris een op deze grondslag praktisch werkbaar systeem van criteria ontwikkeld. Zo weet hij bijvoorbeeld ten aanzien van de beroepsaansprakelijkheid jegens derden de kring van gerechtigden goed af te bakenen door invoering van een nieuw sleutelbegrip “*wirtschaftliches Projekt*”.⁶⁸ Door invoering van dit criterium wordt het mogelijk de kring van gerechtigden tegelijkertijd uit te breiden en te beperken. Wanneer bijv. een koper van een onderneming financiering van de overname verkrijgt van zijn huisbankier op basis van een door een fiscalist opgesteld rapport verdedigt Canaris dat de fiscalist, indien zijn rapport onjuist was, niet alleen jegens de koper-opdrachtgever aansprakelijk is, maar ook jegens de bank omdat financiering van de koopprijs onderdeel is van het overnameproject. Zo beschouwd laat ook (of zelfs) het werk van een dogmaticus als Canaris zien dat de grondslag van de aansprakelijkheid steeds meer op de achtergrond raakt, terwijl de relevante criteria (de multi-factor benadering) naar de voorgrond dringen.

Picker heeft zich verzet tegen een *contractuele benadering* van de tussenfiguren⁶⁹, waarbij hij echter geenszins kiest voor een delictuele aanpak.⁷⁰ Picker stelt een herziening van het verbintenissenrecht voor waarin scherp wordt onderscheiden tussen enerzijds primaire prestatieplichten en anderzijds schadevergoedingsplichten. Primaire prestatieplichten kunnen slechts ontstaan in een contract, of een vergelijkbare Sonderverbindung en berusten op de *partijautonomie*.⁷¹ Schadevergoedingsplichten berusten op het objectieve recht: in dit opzicht is er geen onderscheid tus-

⁶⁶ Canaris 1965, 1971 en 1999.

⁶⁷ Indringend Loges 1991, p. 37-87. Zie in dit kader ook de beschouwingen van Smits over het vertrouwen als “dragende categorie”, Smits 1995, p. 115 e.v.

⁶⁸ Canaris 1999, p. 236.

⁶⁹ Picker 1983, 1987 en 1999.

⁷⁰ De in de tachtiger jaren heersende “hang” naar delictuele aansprakelijkheid wordt door Picker afgewezen vanwege vooral rechtspolitieke bezwaren. Het onrechtmatige daadsrecht wordt zo buiten de wet om te zeer uitgebreid. Vgl. Picker 1983, p. 369 en 382 e.v. Picker 1987, p. 1046. Bovendien slaagt een delictuele leer er niet in een bijzondere grond voor de aansprakelijkheid naar voren te schuiven, en Picker acht dat wel nodig om oeverloze aansprakelijkheid te voorkomen.

⁷¹ Picker 1987, p. 1044. Zie ook Picker 1999, p. 439-440.

sen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid.⁷² De aansprakelijkheid voor schade berust op het algemene idee van het “*neminem laedere*”.⁷³ Er is geen enkele reden waarom de vergoeding van zuivere vermogensschade van dit principe uitgesloten zou worden. Het beginsel van het “*neminem laedere*” is echter te algemeen en behoort te worden gepreciseerd en in overeenstemming te worden gebracht met het deels tegengestelde principe van de handelingsvrijheid. Beperkingen van de aansprakelijkheid voor schade zijn geregeld in de wet, in het bijzonder in het onrechtmatige daadsrecht (par. 823 BGB), maar kunnen ook worden aangebracht door het stellen van de eis van een Sonderverbindung.⁷⁴ Zuivere vermogensschade komt dan naar de visie van Picker voor vergoeding in aanmerking in alle gevallen waarin de wet daarin voorziet of sprake is van een Sonderverbindung tussen laedens en gelaedeerde. De eis van de Sonderverbindung heeft de strekking om oeverloze aansprakelijkheid te voorkomen. Vooraf is dan duidelijk wie precies zuivere vermogensschade kan vorderen. “Steigerung der Gläubigerzahl” is niet aan de orde omdat de potentiële schadelijders vooraf vaststaan.⁷⁵ Picker werkt overigens niet uit wanneer precies sprake is van een Sonderverbindung. Hij lijkt deze Sonderverbindung aan te nemen in alle gevallen waarin vooraf vaststaat wie precies slachtoffer kunnen worden van de fout.⁷⁶ Zijn theorie biedt dan ook – zo luidt de kritiek – weinig aanknopingspunten voor een concrete beoordeling van gevallen. Wanneer precies sprake is van een Sonderverbindung blijft onduidelijk en zo bezien

“bekommt er (...) den praktisch bedeutsamsten Teil seiner These nicht in den Griff”⁷⁷

Ook theoretisch blijft een belangrijke kwestie waarom Picker nu eigenlijk niet van een uitbreiding van het delictuele aansprakelijkheidsrecht wil weten. Hij kiest uitdrukkelijk voor een andere dan quasi-contractuele grondslag voor de schadevergoedingsplicht, maar wil de stap naar uitbreiding van het delictuele aansprakelijkheidsrecht toch niet zetten. Dit is niet door iedereen begrepen.⁷⁸ Niettemin is de bijdrage van Picker van wezenlijk belang geweest voor rechtsleer en rechtspraak betreffende het grensgebied, omdat hij zich radicaal los heeft gemaakt van contractuele benaderingen en een meer heteronome weg is gaan volgen. Dit schept ruimte voor een derde weg die niet belast wordt door contractuele of quasi-contractuele ficties en eveneens voor een weg waarin niet steeds het vertrouwen behoeft te worden aangeroepen om tot aansprakelijkheid te komen.

⁷² Picker 1987, p. 1044.

⁷³ Picker 1987, p. 1047 e.v.

⁷⁴ Picker 1987, p. 1053.

⁷⁵ Picker 1987, p. 1053.

⁷⁶ Picker 1987, p. 1053 e.v.

⁷⁷ Karampatzos 2005, p. 190 met verdere verwijzingen naar de kritiek op het “Zauberwort von der Sonderverbindung”.

⁷⁸ Zie in deze zin ook Köndgen, getuige het Diskussionsbericht naar aanleiding van het monumentale opstel van Picker 1983, AcP 1983, p. 521 e.v. Köndgen stelt dat het consequent ten einde denken van Pickers' voorstel ook zou kunnen leiden tot een begrensde mogelijkheid tot het toekennen van zuivere vermogensschade in het Delictsrecht. Vgl. ook Karampatzos 2005, p. 189 e.v.

Een belangrijke meer recente bijdrage aan de theorievorming rondom aansprakelijkheid in het grensgebied betreft de in 2000 verschenen studie van Krebs onder de titel *Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten*. Krebs erkent de aanwezigheid van een Dritte Spur, een tussengebied tussen contract en onrechtmatige daad⁷⁹, waarin tussen de betrokkenen Schutzpflichten ontstaan. Krebs probeert uit de overweldigende hoeveelheid literatuur en rechtspraak legitiatiegronden af te leiden voor het aannemen van een Sonderverbindung met Schutzpflichten die verder reiken dan delictuele plichten. Hij opteert voor een:

“multikausale Vereinigungslösung, der alle wesentlichen bisherigen Legitimationsgedanken, wenn auch in modifizierter Form, aufgreift”.⁸⁰

Vier *legitimatiefactoren* spelen naar de mening van Krebs de hoofdrol voor het aannemen van een Sonderverbindung met Schutzpflichten. Allereerst is een Sonderverbindung met Schutzpflichten gelegitimeerd als sprake is van een situatie van *verhoogd gevaar* dat (het vermogen van) de gelaedeerde beschadigd wordt. Op de tweede plaats moet de gelaedeerde *Schutzbedürftig* zijn: hem staan te weinig mogelijkheden ten dienste om zich tegen de aantasting te beschermen. Een derde belangrijk gezichtspunt is dat het aannemen van Schutzpflichten in een Sonderverbindung in het bijzonder gerechtvaardigd wordt als in de verhouding tussen partijen een duidelijk *doel* is an te wijzen dat de partijen en/of hun verbintenissen verbindt. Een vierde belangrijke factor ten slotte is de *vertrouwensgedachte* die aan het aanvaarden van een Sonderverbindung ten grondslag ligt. Krebs merkt over de vertrouwensgedachte op:

“Mit diesem Gedanken dürfte eine zentrale Funktion der Sonderverbindung gefunden sein, nämlich ein vertrauensvolles Miteinander der Beteiligten zu ermöglichen. Um eine umfassende Legitimation oder gar Konkretisierung aller Sonderverbindungen handelt es sich hierbei jedoch nicht.”⁸¹

De Sonderverbindung constitueert aldus een “Gesamptkonzept” als product van een rechtsontwikkeling extra legem die in wezen is terug te voeren op de onvolkomenheid van het begrip Schuldverhältnis in par. 241 BGB (oud), dat geen verklaring kon bieden voor rechtsbetrekkingen waarin wel beschermingsplichten maar geen prestatieplichten erkend werden.⁸² Opmerking verdient nog dat Krebs zich afkeert van het voorstel van Picker, omdat Picker een te strikt onderscheid maakt tussen prestatieplichten (die op de partijautonomie berusten) en schadevergoedingsplichten die op heteronome normen berusten. Krebs meent dat dit onderscheid niet kan worden volgehouden omdat enerzijds op de partijautonomie terug te voeren plichten ook op louter schadevergoeding betrekking kunnen hebben, terwijl

⁷⁹ Krebs 2000, p. 564.

⁸⁰ Krebs 2000, p. 271.

⁸¹ Krebs 2000, p. 207.

⁸² Krebs 2000, p. 272-273.

ook buiten contract afdwingbare prestatieplichten kunnen ontstaan, die dan vanzelfsprekend niet berusten op de partijautonomie, maar op de wet.⁸³

“Da die Leistungspflicht nicht auf die Vertragliche Leistungspflicht und der Schadenersatz nicht auf die Fälle gesetzlicher Haftung in der Sonderverbindung und deliktische Haftungen begrenzt ist, ist dieser art der Dreiteilung der Haftung mit ihrer festen Verbindung von Pflichteninhalt und Legitimation abzulhenen.”⁸⁴

4.3.2. Beoordeling van samenhangende rechtsverhoudingen.

De grensfiguur die in het Duitse recht werd ontwikkeld om een aanspraak in samenhangende rechtsverhoudingen te beoordelen is het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* (VSD). Op grond van een VSD kan een derde onder omstandigheden een vordering geldend maken jegens de contractspartij van zijn wederpartij; de vordering is uitdrukkelijk beperkt tot het verkrijgen van schadevergoeding wegens het niet-nakomen van een Schutzpflicht, nakoming van de primaire uit het contract voortvloeiende prestatieplicht kan niet worden gevraagd. Van een VSD is sprake als aan de volgende eisen is voldaan.

(1) In de eerste plaats is er de eis van de *Leistungsnähe* die inhoudt dat een VSD in aanmerking komt als de derde behoort tot een kring van personen die gemakkelijk getroffen kunnen worden door gevaren die met de prestatie verbonden zijn.

(2) De tweede en meest omstreden eis – die echter in de huidige rechtspraak aanmerkelijk aan belang heeft ingeboet – is de eis dat de schuldeiser er op grond van zijn verhouding tot de derde belang bij heeft dat de derde die schade lijdt bij de uitvoering van het contract bescherming kan ontfangen aan het contract: er moet m.a.w. sprake zijn van een zekere gelijkgerichtheid van de belangen van de schuldeiser en de derde (deze eis wordt: “*Wohl und Wehe*” criterium genoemd). Zoals gezegd leidt deze eis op dit moment een onzeker bestaan.⁸⁵ Voornamelijk in gevallen van beroepsaansprakelijkheid jegens derden, waarin duidelijk sprake is van een tegenstrijdigheid tussen de belangen van de derde en van de schuldeiser heeft het BGH aansprakelijkheid van de deskundige jegens de derde aangenomen, terwijl daarin eigenlijk niet voldaan is aan dit “*Wohl und Wehe vereiste*”.⁸⁶ Vandaag de dag lijkt deze eis dan ook langzamerhand vervangen te worden door een andere eis, namelijk dat de derde *schutzbedürftig* moet zijn. Geen aanspraak bestaat als de derde op andere wijze dan door een aanspraak jegens de contractspartij voor zijn belangen kan opkomen. Vooral deze eis, en de (nog onzekere) invulling daarvan door de rechtspraak kan van belang zijn voor het al dan niet toekennen van aanspraken in samenhangende rechtsverhoudingen, zoals ook blijkt uit het hierna te bespreken *Nitrierofen*-geval.

(3) In de derde plaats moet het aan de eis van *kenbaarheid* zijn voldaan. Het moet voor de schuldenaar kenbaar zijn dat (bepaalde) derden “*bestimmungsgemäß*” met zijn prestatie in aanraking zullen komen en door onvolkomenheden van de prestatie schade kunnen lijden.

⁸³ Krebs 2000, p. 559.

⁸⁴ Krebs 2000, p. 559.

⁸⁵ Vgl. Schlechtriem 2003, p. 281.

⁸⁶ Zie bijvoorbeeld BGHZ 127, 378 e.v. (Dachbodenfall).

In het geval van de zgn. Nitrierofen⁸⁷ heeft het BHG een claim in samenhangende rechtsverhoudingen afgewezen. De feiten waren, vereenvoudigd weergegeven, als volgt. A en B hebben beiden een hoeveelheid staal aan C gegeven, met de opdracht deze te bewerken in een staaloven. Krachtens instructies van C moet het staal op een bepaalde wijze worden aangeboden, om schade aan de goederen en aan de oven te voorkomen. Tijdens de bewerking van het staal ontstaat een explosie en het staal is waardeloos geworden. A spreekt B aan tot vergoeding van schade omdat B het staal niet conform de instructies van C (vrij van verfstoffen e.d.) aan-geleverd zou hebben en aldus schade aan de goederen van A is ontstaan. De appel-rechter wijst de vordering toe op basis van een Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, maar het BGH vernietigt het arrest. Allereerst stelt het BGH dat hier niet aan het vereiste van Leistungsnähe is voldaan, omdat de plicht van B ten opzichte van C alleen betrekking heeft op het verrichten van de tegenprestatie voor het bewerken van het staal, namelijk het betalen van de overeengekomen prijs. Niet valt in te zien, aldus het BGH, waarom A zich in de “Leistungsnähe” van deze plicht zou bevinden.

Dit argument van het BGH kan natuurlijk gemakkelijk worden doorgeprikt. Weliswaar bestaat de hoofdverplichting van B uit het betalen van de overeengekomen prijs, maar dat neemt niet weg dat op B ook de (neven)plicht kan rusten zijn goederen op de voorgeschreven wijze aan te bieden. Niet valt in te zien waarom dan niet ook aangenomen zou kunnen worden dat het belang van A betrokken is bij uitvoering van deze nevenplicht, waardoor wel aan het criterium van Leistungsnähe zou zijn voldaan.⁸⁸

Het tweede argument van het BGH is dat A *niet* schutzbedürftig is, omdat hij een gelijkwaardige aanspraak op schadevergoeding kan geldend maken tegen C, zijn contractspartij. Het toekennen van een actie tegen B op basis van een VSD is daarom niet nodig. Ook dit argument heeft in de literatuur bestrijding gevonden. Want waarom zou A naast een contractuele vordering tegen C geen vordering tegen B ten dienste staan op basis van een VSD? Er is geen wettelijke regel die aan deze “coëxistentie” in de weg staat en:

“ist nicht zu verstehen weshalb die Haftung eines anderen die Beklagten entlasten soll, zumal es naheliegt daß die Firma (C) im Falle Ihrer Verurteilung gegen die Beklagte Regreß nehmen könnte”.⁸⁹

De beslissing van het BGH lijkt ingegeven te zijn door de, ook uitdrukkelijk naar voren gebrachte overweging, dat het VSD niet te expansief moet worden toegepast.⁹⁰ De eis van de Schutzbedürftigkeit lijkt hierbij een potentieel middel tot begrenzing te worden.

Dat het Nitrierofen-geval de twijfel over de mogelijke toepasselijkheid van het VSD in samenhangende rechtsverhoudingen heeft gevoed blijkt ook uit de door

⁸⁷ BGH, NJW 1996, 2927.

⁸⁸ Stoll 1999, p. 107.

⁸⁹ Stoll 1999, p. 108. Vgl. ook de bestrijding van dit argument van het BGH door Schwarze, ‘Subsidiarität des Vertraglichen Drittschutz’, AcP 2003, p. 348-356.

⁹⁰ NJW 1996, p. 2927-2928.

Bussani en Palmer in 2003 gepubliceerde studie over Pure Economic Loss in Europe. Aan de nationale rapporteurs wordt de vraag voorgelegd of in een contractketen de opdrachtgever (Laura) een vordering op basis van een VSD heeft als de opdrachtgever zuivere vermogensschade lijdt door toedoen van de onderaannemer (Giovanni). De Duitse rapporteur meent dat het twijfelachtig is of in een dergelijk geval aan de eis van Schutzbedürftigkeit is voldaan. De rapporteur:

“Laura can probably recover her loss from Giovanni, but only in contract, not in tort. *This result is not entirely free from doubt.*”⁹¹ (cursivering van mij, MvL).

Het VSD wordt niet in alle gevallen van samenhangende rechtsverhoudingen geschikt geacht als model om de aanspraken van de betrokkenen te beoordelen. In het bijzonder in gevallen waarin een wezenlijk aspect van de casus is dat de prestatie niet verricht wordt op basis van één op zichzelf staand contract maar, door de toegenomen specialisatie en differentiatie in het economische verkeer, door een ingewikkeld samenstel van contracten (een Leistungsverbund) is de gedachte verdedigd dat hier het VSD niet de geschikte figuur is om de aanspraken op schadevergoeding te beoordelen.

Een voorbeeld betreft het moderne betalingsverkeer waarop het door het BGH berechte *Lastschriftfall*⁹² betrekking heeft. De feiten lagen als volgt. A, een verkoper van bouwmaterialen levert regelmatig zaken aan B een bouwbedrijf. B heeft aan zijn bank (D) opdracht gegeven om iedere keer als er een zogenaamd “lastschrift” van de bank van A (C) binnenkomt, het hierin voorkomende bedrag, direct aan C, ten behoeve van A, te voldoen. De hieruit voortvloeiende verplichtingen van bank D ten opzichte van bank C zijn neergelegd in overeenkomsten, te weten een “Girovertrag” en een “Lastschriftabkommen”. D komt de afspraken niet na, vanwege de slechte financiële situatie van het bouwbedrijf, maar A gaat intussen door met leveren, in de verwachting dat alles conform de afspraken tussen B en de banken wordt afgewikkeld. Als B failliet gaat, blijft A met een onbetaalde vordering achter en hij spreekt D aan tot schadevergoeding. Het BGH wijst de vordering tot schadevergoeding toe omdat de overeenkomst tussen de banken Schutzwirkung heeft ten gunste van A. Het BGH motiveert zijn beslissing met een beroep op het feit dat het zich hier om een:

“Massengeschäfte eines bestimmten Typs mit einem einheitlichen praktizierten Verfahren handelt, das dem Rechtsverkehr in grossem Stile unter Inanspruchnahme des Vertrauens auf sach- und interessengerechte Abwicklung angeboten wird. Hier kann nach Treu und Glauben eine Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich der anfallenden Schuldverhältnisse möglich und geboten sein, wenn das Verfahren für den Dritten, der sich dessen bedient, bestimmte verfahrenstypische Risiken in sich birgt und den mit der Durchführung betrauten Verfahrensbeteiligten ohne weiteres zugemutet werden kann, diese Risiken klein zu halten”.⁹³

De toepassing van het VSD op deze prestatieverbanden is in de literatuur bekritiseerd. Hier gaat het namelijk niet meer om de externe werking van één bepaald

⁹¹ Bussani/Palmer 2003, p. 396-398. Zie ook: Van Gerven 2000, p. 43/1.

⁹² Urteil 28.2.1977, BGHZ 69, 82.

⁹³ BGHZ 69, 82, 85-86.

contract maar om het feit dat prestaties nu eenmaal niet meer altijd overzichtelijk door middel van een contract verricht worden. Het is met het oog op dit type prestatieverbanden dat Möschel een aanzet heeft gegeven tot het ontwikkelen van een Netzvertrag of een Vertragsverbund, waarop later is voortgebouwd door Teubner, Rohe en – zij het in enigszins andere richting – door Picker.⁹⁴ Vooralsnog hebben deze constructies echter geen vaste grond verworven in de Duitse rechtspraak en literatuur.

4.3.3. Hervorming van het Duitse verbintenissenrecht.

In 2002 is de Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts ingevoerd. Met deze invoering hebben de Schutzpflichten uitdrukkelijk erkenning gevonden in het BGB. Aan par. 241 BGB is een nieuw artikellid (2) toegevoegd dat bepaalt:

Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

Bovendien wordt in par 311 BGB een (niet limitatieve) opsomming gegeven van gevallen waarin ook *buiten contract* een (gesetzliches) Schuldverhältnis met Schutzpflichten in de zin van par. 241 Abs. 2 kan ontstaan. De leer van Canaris betreffende het Dritte Spur wordt hier *naar de vorm* in ieder geval gevolgd (het aannemen van een gesetzliches Schuldverhältnis tussen contract en onrechtmatige daad), maar – en dat is belangrijk – over de dogmatische grondslag van de rechtsfiguren die tot deze categorie worden gerekend laat de wetgever zich niet uit, aldus uitdrukkelijk de toelichting.⁹⁵ Op dit moment is het nog onduidelijk of de modernisering van het Duitse verbintenissenrecht een werkelijke bijdrage kan leveren aan de verdere ontwikkelingen van een leerstuk van Sonderverbindungen in het algemeen en samenhangende rechtsverhoudingen in het bijzonder. Potentieel is dat wel het geval omdat het mogelijk bereik van par. 311 BGB heel groot is.

Par. 311 Abs. 2 bepaalt dat een Schuldverhältnis met beschermingsplichten, kan ontstaan in geval van (1) onderhandelingen over een contract (2) tijdens de voorbereiding van een contract en (3) door “*ähnliche geschäftliche Kontakte*”. Onduidelijk is of deze laatste categorie uitsluitend de situatie betreft tussen potentiële contractspartijen of dat daaronder ook de verhoudingen tussen andere “nauw betrokkenen” kunnen vallen. Weliswaar wordt de toepasselijkheid van deze bepaling in de toelichting beperkt tot potentieel aan een nog tot stand te komen contract deel te nemen partijen en heeft de bepaling niet “*ohne weiteres*” betrekking op derden⁹⁶, maar duidelijk is wel dat de formulering het potentieel toelaat dat ook buiten het strikte precontractuele stadium om, rechtsplichten kunnen ontstaan tussen hen die niet

⁹⁴ Zie over deze constructies hoofdstuk 4, § 2.

⁹⁵ Canaris 2002, p. 652. Zie ook p. 653 waarin als doel van de wetgeving wordt aangegeven het eenvoudig vastleggen van de gevallen waarin in de rechtspraak Schutzpflichten zijn aangenomen. Zo bezien heeft de nieuwe wetgeving vooral het karakter van een “Restatement”. Zie in deze zin Zimmermann, JZ 2001, p. 172. Zie ook Karampatzos 2005, p. 249.

⁹⁶ Toelichting in: Canaris 2002, p. 722. Volgens de toelichting gaat het hier om contacten “bei Denen z.b. noch kein Vertrag angebahnt, ein solcher aber vorbereitet werden soll. Voraussetzung für eine Haftung ist, dass es sich um die an dem potentiellen Vertrag Beteiligten handelt”.

door een contract, maar anderszins nauw met elkaar verbonden zijn.⁹⁷ Zo is par. 311 Abs. 2 onder 3 in de literatuur al beproefd voor samenhangende rechtsverhoudingen. Wellenhofer heeft zich namelijk de vraag gesteld of in netwerkverhoudingen, zoals franchising, de verhouding tussen de deelnemers onderling kan worden gekwalificeerd als een “ähnliches geschäftliches Kontakt” op grond waarvan tussen de deelnemers Schutzpflichten ontstaan, waarvan de schending recht geeft op schadevergoeding.⁹⁸ Wellenhofer wijst deze aansprakelijkheid echter meteen weer van de hand omdat de relatie tussen franchisenemers onderling te indirect is, terwijl het vereiste van “Kontakte” om een meer directe band, een rechtstreeks contact, zou vragen. Hoe dit ook zij, veel zal afhangen van de wijze waarop in de rechtspraak met deze categorie zal worden omgegaan en met behulp van welke criteria deze categorie in de rechtspraak ingevuld zal worden. “Die sicherste Antwort auf diese (...) Fragen ist jedenfalls das Ereignis von morgen.”^{99,100}

5 Resultaten van de vergelijking. De toekomst voor een multi-factor benadering?

Het Duitse en Engelse recht laten, met alle voorzichtigheid die daarbij hoort op het niveau van rechtsvergelijking, zien dat het mogelijk moet zijn gemeenschappelijke factoren te benoemen die van belang zijn voor het beoordelen van aanspraken in samenhangende rechtsverhoudingen. In het hiernavolgende geef ik aan welke gezichtspunten uit het Engelse en Duitse recht naar voren komen om ze vervolgens te verbinden met de factoren die ik voor wat betreft het Nederlandse recht relevant achtte in paragraaf 3 van dit hoofdstuk.

1. *De eis van proximity/Leistungsnähe.*

Naarmate de verhouding tussen de betrokkenen closer is, zal honorering van de aanspraak in samenhangende rechtsverhoudingen eerder in aanmerking komen, zo leert zowel het Duitse als het Engelse recht. Voor het Nederlandse recht meen ik dat hier bijzondere betekenis toekomt aan een onderlinge feitelijke afstemming van prestaties en aan de feitelijk-economische samenhang tussen de prestaties (Zie § 3, pnt. 1 en 2). Uit de omvangrijke studie van Krebs naar Sonderverbindungen in het Duitse recht blijkt dat de eis van een nauwe betrokkenheid onder meer bepaald kan worden naar de mate waarin aan de relatie, aan het samenstel van contracten, een gemeenschappelijk doel of gemeenschappelijk project ten grondslag ligt. Deze

⁹⁷ Daarom wordt in de literatuur om een “klaren Einschränkung” gevraagd. Zie Karampatzos 2005, p. 254 met verdere verwijzingen.

⁹⁸ Marina Wellenhofer 2006 (nog te publiceren).

⁹⁹ Karampatzos 2005, p. 262.

¹⁰⁰ Ook de reikwijdte van Par. 311. Abs. 3 is in dit opzicht nog lang niet uitgekristalliseerd. Dit artikelid bepaalt: “Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.” Deze bepaling regelt in het bijzonder de aansprakelijkheid van derden die bij de totstandkoming van een overeenkomst zijn betrokken (de gevallen van de zgn. Sachwalterhaftung) maar heeft in potentie een ruimer bereik. Zie over de bepaling en de ermee samenhangende onduidelijkheid: Schlechtriem 2003, p. 19 en p. 23-24, en Karampatzos 2005, p. 254-262.

notie van een gemeenschappelijk doel ligt naar mijn mening ook ten grondslag aan de Nederlandse arresten betreffende *Edah* en *Mooijman-Netjes*.

2. *De eis van de kenbaarheid.* Van belang is of het voor de laedens kenbaar was dat juist deze benadeelde schade zou kunnen ondervinden van zijn prestatie in de samenhangende rechtsverhouding.

3. *De kwestie of de gelaedeerde zich, gegeven de achtergrond van de netwerkstructuur op andere wijze in had moeten dekken tegen de schade.*

Als de gelaedeerde zich, gelet op de netwerkstructuur redelijkerwijs op andere wijze had kunnen beschermen tegen de schade is dat een argument tegen aansprakelijkheid. Als daarentegen de gelaedeerde geen redelijke mogelijkheid had om zich tegen de schade te beschermen pleit dat vóór aansprakelijkheid. Deze eis van Schutzbedürftigkeit speelt een rol in de Duitse rechtspraak en wordt voor het Engelse recht door Jane Stapleton naar voren gebracht als factor van betekenis. Voor wat betreft het Nederlandse recht heeft Du Perron op dit aspect gewezen.¹⁰¹

Wanneer een risicoallocatie op andere wijze al in het “netwerk” is verdisconteerd en dit ook gelet op de feitelijke situatie *gerechtvaardigd* wordt geacht, bijvoorbeeld in een strikt commerciële context, is dat een argument tegen toewijzing van de claim. Ook verzekeringsaspecten kunnen hierbij een rol spelen, zoals nadrukkelijk naar voren kwam in de uitspraak van de House of Lords in de zaak *Marc Rich*. Dit aspect van het “gevonden evenwicht” door middel van verzekeringen verdient naar mijn mening ook in het Nederlandse recht aandacht. De verhoogde kwetsbaarheid van het slachtoffer kan er echter toe leiden dat hij ondanks de aanwezigheid van contractuele risicoallocaties, toch een aanspraak geldend kan maken.¹⁰²

Onder de eis die in het Duitse recht de Schutzbedürftigkeit wordt genoemd, vallen in feite allerlei factoren die ik in § 3 heb onderscheiden onder de punten 4 t/m 6, te weten; de onderlinge verhouding en de hoedanigheid van partijen, de vraag of van een betrokkene in de samenhangende rechtsverhouding gevergd kon worden dat hij zich op andere wijze had verzekerd van bescherming en andere (met name rechtspolitieke) factoren. Met behulp van deze gezichtspunten zal uiteindelijk de reikwijdte van de aanspraken in samenhangende rechtsverhoudingen moeten worden vastgesteld.

Uit zowel de studie van het Engels recht en het Duitse recht komt naar voren dat het *vertrouwen* als factor bij de beoordeling van grensgevallen in het algemeen en ook in geval van samenhangende rechtsverhoudingen met het voortschrijden van de rechtsontwikkeling aan belang lijkt in te boeten. Van een belangrijke verklarende factor lijkt de rol van het vertrouwen steeds meer naar de marge te worden verdrongen en zich te ontwikkelen tot slechts één van de gezichtspunten die een rol kunnen spelen, waarbij in het Engelse recht steeds vaker de positie wordt verdedigd dat het aanwezig zijn van redelijk vertrouwen geen ingrediënt is van de noodzakelijke proximity tussen partijen, maar dat de aanwezigheid van reliance in

¹⁰¹ Du Perron 1999, p. 299.

¹⁰² Vgl. Stapleton 2003, p. 551 e.v.

bepaalde gevallen noodzakelijk is om het causale verband vast te stellen tussen de schending van de norm en de schade. Als vastgesteld kan worden dat bijv een derde in redelijk vertrouwen op informatie of advies heeft gehandeld, is aan dit vereiste van causaal verband voldaan.¹⁰³ Ook in Duitsland lijkt het vertrouwen als factor aan belang in te boeten en slechts onderdeel uit te maken van een complex van factoren die in een bepaalde grenssituatie het aannemen van een rechtsplicht rechtvaardigen. Dit sterkt mij in mijn voorzichtige conclusie dat zowel het Duitse als het Engelse recht zich meer lijken te ontwikkelen in een richting waarin niet één bepaald dogmatisch concept (Duits recht) of één bepaalde formule (Engels recht) het ontstaan van rechtsplichten in samenhangende rechtsverhoudingen kan verklaren, maar waarin het aannemen van rechtsplichten afhankelijk is van de weging van een aantal factoren met variabel gewicht. Niet een '*monotypische karakterisering*'¹⁰⁴ van de verbintenissen in het grensgebied lijkt hier de toekomst te hebben, maar een multi-factor benadering, een gezichtspuntencatalogus.¹⁰⁵

¹⁰³ Zie Witting 2004, p. 197-200 met verdere verwijzingen naar literatuur en rechtspraak.

¹⁰⁴ De uitdrukking ontleen ik aan Smits 2003, p. 32.

¹⁰⁵ Een dergelijke benadering sluit ook aan bij de studie van Van Boom, Koziol en Witting naar de aansprakelijkheid voor zuivere vermogensschade in Europa. Aan het slot van hun studie geven zij een opsomming van factoren die van belang zijn voor het aanvaarden van aansprakelijkheid voor deze vorm van schade en besluiten zij met de opmerking dat een multi-factor benadering een framework kan verschaffen "for the Convergence of European approaches to the problem". Zie Van Boom/Koziol/Witting 2004, p. 204-205. Zie ook de bijdrage van Koziol, p. 148-152.

Samenvatting

Deze studie is gewijd aan samenhangende rechtsverhoudingen in het verbintenissenrecht. In *hoofdstuk 1* wordt nader aangegeven wat ik onder samenhangende rechtsverhoudingen versta. Ik heb het oog op meerpartijenverhoudingen waarbij de *feitelijk-economische samenhang tussen de rechtsposities* van de betrokkenen in de meerpartijenverhouding oproept tot het juridisch normeren van deze samenhang terwijl geen sprake is van een (meerpartijen)contract tussen de betrokkenen en ook anderszins niet in een regeling is voorzien. Bekende voorbeelden uit de jurisprudentie zijn HR 23 januari 1998, *NJ* 1999, 97 (*Jans-Fiat*) en HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 98 (*Mooijman-Netjes*). Samenhangende rechtsverhoudingen vormen een uitdaging voor het verbintenissenrecht. Zij roepen de vraag op hoe feitelijk-economische samenhang verankerd kan worden in het verbintenissenrecht. Met het opwerpen van deze vraag is het belangrijkste doel van deze studie gegeven. Ik analyseer het fenomeen van samenhangende rechtsverhoudingen en tracht de plaats ervan te bepalen in het hedendaagse verbintenissenrecht.

Met dit doel voor ogen wordt in *hoofdstuk 2* een karakterisering gegeven van dit hedendaagse, veranderende verbintenissenrecht waarin samenhangende rechtsverhoudingen een plaats moeten vinden. Vanuit drie perspectieven wordt het verbintenissenrecht beschouwd: dat van de rechtsvinding, de dogmatiek en tenslotte vanuit een perspectief waarbij grondslagen in zicht komen. Betoogd wordt dat de plicht om rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen (de wederzijdse zorgplicht) leerstukken van het verbintenissenrecht zodanig beïnvloedt dat sprake is van vloeiende overgangen tussen leerstukken, en dogmatische onderscheidingen aan belang inboeten. Ook verdedig ik dat de traditionele voorstelling dat de uit een contract voortvloeiende verbintenissen in de eerste plaats berusten op de toestemming van betrokkenen en de aan de onrechtmatige daad ten grondslag liggende verplichtingen op het objectieve recht berusten, het inzicht verhuult, dat zowel de gebondenheid aan de verbintenis uit overeenkomst als de gebondenheid aan de verbintenis uit onrechtmatige daad wordt vastgesteld met het oog op de tussen partijen bestaande relatie, waarbij een beslissende betekenis toekomt aan de plicht van de partijen om rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Het concept van de zorgplicht relateert zo het onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad, ook in zijn uitgangspunten. Deze analyse van het onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad vormt de opmaat naar behandeling van een derde perspectief van waaruit ik het veranderende verbintenissenrecht beschouw. Hier roer ik grondslagenkwesties aan en ga ik in op het autonomiebeginsel als een van de pijlers van het privaatrecht. Ik betoog dat het autonomiebeginsel als uitgangspunt te beperkt is om de gebondenheid aan de overeenkomst te rechtvaardigen, omdat het te zeer uitdrukking geeft aan een atomistisch mensbeeld, waarbij de autonomie van de enkeling als te onafhankelijk van de omgeving wordt voorgesteld. Wanneer echter het accent wordt gelegd op de specifieke interactiesituatie tussen betrokkenen, duikt het perspectief van de zorgplicht op, een door Vranken geschetst perspectief. In paragraaf 4.3 van hoofdstuk 2 breng ik de zorgplicht in verband met theoretische inzichten over de werkzaamheid van het recht. Ik deel hier het inzicht dat rechtskarakter van het recht wordt bepaald door de fundamen-

tele gerichtheid van het recht op vormen van intersubjectiviteit, van samenleven. Bij het centraal stellen van deze intersubjectiviteit past het om aan de zorgplicht een centrale plaats toe te delen bij het beantwoorden van de vraag naar de rechtvaardiging van de gebondenheid aan verbintenissen, ongeacht hun bron.

Vanuit deze visie op autonomie en zorgplicht wordt in *hoofdstuk 3* het relativiteitsbeginsel benaderd. Het contract is geen eiland, maar maakt deel uit van een netwerk van rechtsbetrekkingen waarbij ook anderen betrokken zijn. Deze inbedding van het contract in een netwerk van rechtsbetrekkingen maakt, tezamen met het accent op de wederzijdse zorgplicht in contractuele en buitencontractuele verhoudingen, dat het relativiteitsbeginsel niet langer het uitgangspunt kan zijn bij vragen van “derdenwerking”. Bepleit wordt dan ook een wisseling van perspectief, bij de verankering van feitelijk-economisch samenhangende verhoudingen in het recht. Niet het relativiteitsbeginsel en daarmee één overeenkomst tussen twee partijen dient het uitgangspunt van de redenering te zijn maar de verhouding tussen alle betrokkenen bij de samenhangende rechtsverhouding.

In *hoofdstuk 4* beargumenteer ik op welke wijze feitelijk-economisch samenhangende verhoudingen verankerd kunnen worden in het verbintenissenrecht. Ik bespreek hier de contractsmodellen zoals die in de Franse rechtspraak en rechtsleer (*La théorie des groupes de contrats*) worden gehanteerd en ook Duitse theorievorming betreffende het conceptualiseren van samenhangende rechtsverhoudingen door middel van nieuwe modellen als het Vertragsverbund (Teubner) en het Netzvertrag. Ik toon mij kritisch ten opzichte van deze theorievorming omdat deze modellen er vooralsnog niet toe hebben geleid dat daardoor scherpere criteria kunnen worden gevonden aan de hand waarvan beoordeeld kan worden of aan de feitelijk-economische samenhang rechtsgevolgen moeten worden toegekend.

De kern van dit hoofdstuk is de door mij verdedigde methode bij het verankeren van samenhangende rechtsverhoudingen in het recht. Ik kies hier voor een – wat men kan noemen – tweesporige benadering. Allereerst betoog ik dat feitelijk-economisch samenhangende rechtsverhoudingen benaderd moeten worden via de methode van normatieve uitleg. Ik ga in op deze methode, waarvan mijns inziens het belangrijkste kenmerk is dat het accent hierbij, minder dan in een meer klassieke opvatting, ligt op juridische categorieën en juist meer op de feitelijke handelingen van betrokkenen. Voorwerp van uitleg is niet slechts datgene wat partijen zijn overeengekomen, maar het gehele interactiepatroon dat tegen de achtergrond van de geldende rechtsnormen moet worden uitgelegd. In dit verband zou in plaats van methode van normatieve uitleg gesproken kunnen worden van een methode van open uitleg.

Open uitleg geschiedt in nauwe aansluiting op het systeem van de bronnen van verbintenis, waarbij – en hier komt het tweede spoor in zicht – in deze studie wordt verdedigd dat deze bronnen in open verbinding met elkaar kunnen worden gedacht. Samenhangende rechtsverhoudingen moeten gesitueerd worden “ergens in het recht”. Het gaat hier om figuren waarmee men niet goed ‘raad weet, omdat ze noch bij de overeenkomst, noch bij verbintenissen uit de wet onder te brengen zijn. Of, maar dat is eigenlijk hetzelfde, om verbintenissen die zowel bij de over-

eenkomst als die uit de wet zijn onder te brengen'.¹ Dit brengt mijns inziens mee dat voor wat betreft de verankering van samenhangende rechtsverhoudingen in het verbintenissenrecht zowel concepten uit het contractenrecht, als uit het onrechtmatige daadsrecht hun waarde kunnen hebben. Deze methode, waarbij in confrontatie met nieuwe gevallen concepten uit verschillende domeinen worden gebruikt om tot vruchtbare resultaten te komen is door Collins de methode van "productive learning" genoemd. Deze methode brengt met zich mee dat waar sprake is van overgangsfiguren van mengvormen, zoals in geval van samenhangende rechtsverhoudingen, binnen de aan de orde zijnde bron (en meestal is dat de onrechtmatige daad) gebruik wordt gemaakt van aan andere domeinen ontleende concepten en inzichten.

In *hoofdstuk 5* pas ik de methode van open uitleg en productive learning toe op een aantal aan de rechtspraak van de Hoge Raad ontleende gevallen die voldoen aan de criteria van hoofdstuk 1. Bij mijn analyse van de gevallen blijkt steeds dat sprake is van een accentverschuiving ten opzichte van de benadering van de Hoge Raad. Uitgaande van de feitelijke samenhang die steeds aanwezig is, kunnen concepten ontleend aan het contractenrecht bruikbaar gemaakt worden binnen het onrechtmatige daadsrecht, zoals bijv. de Haviltex-maatstaf en het leerstuk van onderzoeks- en mededelingsplichten. Feitelijke rechtsbetrekkingen kunnen zo worden blootgelegd en uitgelegd tegen de achtergrond van het gehele verbintenissenrecht.

In *hoofdstuk 6* worden naar aanleiding van de analyses in hoofdstuk 5 meer precies de criteria geformuleerd die van belang zijn bij het toekennen van rechtsgevolgen aan feitelijk-economisch samenhangende verhoudingen. Kritiek wordt uitgeoefend op het vertrouwen als relevante factor. Betoogd wordt dat het vertrouwen, naast andere factoren vaak overbodig is en ook dat het vertrouwen niet de ultieme maatstaf is aan de hand waarvan kan worden beslist of gebondenheid ontstaat. Wél relevant zijn naar mijn mening achtereenvolgens de volgende factoren: 1) de feitelijke onderlinge afstemming van de door de betrokkenen te verrichten prestaties, 2) de samenhang tussen deze prestaties, een samenhang die kan worden afgemeten aan het doel van de prestaties en het al dan niet op de voorgrond treden van wederzijds profijt, 3) het inzicht dat betrokken in de samenhang hadden, 4) de onderlinge verhouding en hoedanigheid van partijen, 5) de vraag of van een betrokkene gevergd kan worden dat hij zich op andere wijze had verzekerd van bescherming. En 6) andere factoren, zoals met name rechtspolitieke factoren.

Hoofdstuk 6 bevat voorts een bespreking van het Duitse en Engelse recht, met als doel na te gaan welke gezichtspunten in deze rechtsstelsels worden gehanteerd om in aanspraken in samenhangende rechtsverhoudingen te beoordelen. Voorzichtig wordt geconcludeerd dat de genoemde gezichtspunten terug te vinden zijn in zowel het Duitse als het Engelse recht. Afgesloten wordt dan ook met de opmerking dat de toekomst van het leerstuk van samenhangende rechtsverhoudingen waarschijnlijk niet ligt in een allesomvattend dogmatisch concept als het vertrouwen, een Vertragsverbund of een Netzvertrag, maar in een gezichtspuntencatalogus, een

¹ Vgl. de advocaat van Mooijman (E. van Staden ten Brink) in de zaak van Mooijman tegen Netjes (NJ 1999,98), als geciteerd door Schoordijk 1998, p. 429

multi-factor benadering, aan de hand waarvan feitelijk-economisch samenhangende verhoudingen hun plaats zullen veroveren in het verbintenissenrecht.

Summary

This doctoral thesis deals with connected legal relationships in the Dutch law of obligations. In *chapter 1*, the concept of connected legal relationships is explained. These are multi-party relationships in which the actual economic coherence between the legal positions of the parties creates the necessity of drawing up legal standards to express this coherence, in the absence of a multi-party contract between the parties involved or any regulatory framework governing connected legal relationships. Examples from case law are *Jans/Fiat* and *Mooijman/Netjes* (Supreme Court 23 January 1998, *NJ* 1999, 97 and Supreme Court 29 May 1998, *NJ* 1999, 98). Connected legal relationships challenge the traditional system of the law of obligations. Their existence raises the question how an actual economic coherence between these relationships can be made to fit in the traditional system of the law of obligations. This question is the central theme of this study: I will analyze the concept of connected legal relationships and attempt to determine how it should ideally fit in with the present system of the law of obligations.

In order to realize this goal, in *chapter 2*, I describe the characteristic features of the contemporary ever-changing law of obligations, in which connected legal relationships will have to find a proper place. The law of obligations is approached from different angles: (i) from the perspective of the finding of law, (ii) from the sub-domain of legal theory that analyzes positive law in order to draw up guidelines for deciding cases (*rechtsdogmatiek*) and (iii) finally, from a perspective that aims at revealing basic legal principles. The duty to give due consideration to each other's legitimate interests (the mutual duty of care) influences the traditional doctrines of the law of obligations in such a way that the distinctions between these doctrines turn out to be increasingly vague and less dogmatic. I also defend the position that the traditional idea that (i) obligations arising from a contract are primarily based on the consent of the parties to the contract and (ii) that the obligations arising from tort find their basis in statute and case law, suffers from a basic flaw. The flaw of this traditional idea is that it does not take into account that the obligations arising from a contract and the obligations resulting from tort are both determined on the basis of the relationship between the relevant parties, in which their duty to give due consideration to each other's legitimate interests is decisive. Thus, the concept of the duty of care shows the relative importance of the principles underlying the distinction between contract and tort. After analyzing the distinction between contract and tort I focus my attention on the above-mentioned third perspective from which the changes in the law of obligations are described. In this context, I pay attention to the fundamental principles and, more specifically, to the autonomy principle as one of the most important tenets of civil law. The autonomy principle is not an adequate instrument to justify why parties are bound to the contract, as it starts from the premise of an atomistic idea of man, in which the individual's autonomy is portrayed as too independent from its environment. However, if one emphasizes the specific situation in which there is interaction between the parties involved, the perspective of the duty of care as described by Vranken, appears. In section 4.3 of the second chapter I elaborate upon the link between the duty of care and theoretical views on the law in action. I agree with

other authors that the fundamental nature of law is aimed at forms of intersubjectivity, of coexistence. If one regards this intersubjectivity as essential, one should regard the duty of care as a central part of the answer to the question as to the justification for the existence of obligations, regardless of their source.

The principle of the relativity of contract implies that a contract cannot confer rights or impose obligations on any person or agent except the parties to the contract. In the *third chapter* I elaborate upon this principle of relativity on the basis of the view on autonomy and duty of care that was set forth above. The contract is not an isolated relationship but forms part of a network of legal relationships in which other persons than the contractual parties are involved. The fact that the contract is embedded in a network of relationships, together with the accent on the mutual duty of care in contractual and extra-contractual relationships, leads to the consequence that the principle of the relativity of contract can no longer be the basis for the answer to questions as to third-party rights and obligations (*derdenwerking*). This calls for a change in perspective, if one wishes to make relationships that are actually economically connected fit into the legal system. The key premise for the argumentation should not be the principle of the relativity of contract (which implies one contract between two parties), but the mutual relations between all parties involved in the connected relationships.

In the *fourth chapter* I describe how relationships that are connected in an actual economic manner can be embedded in the legal system. I discuss both the contract models that have been drawn up in French case law and legal theory (*La théorie des groupes de contrats*) and German attempts to conceptualize connected legal relationships by means of new models such as Teubner's *Vertragsverbund* and the *Netzvertrag*. I am critical of these theories because until now these models have not contributed to finding better-defined criteria for giving an answer to the question whether an actual economic connectedness of relationships should have legal effect. The central theme in this chapter is the method that I choose to incorporate connected legal relationships into the legal system. I opt for what one might call a two-track approach. First I argue that the method of normative interpretation should be applied to legal relationships that are actually economically connected. The most important aspect of this method is that it puts more emphasis on actual acts of the parties involved than the classical approach does, and less on legal categories. According to this method, not only the actual wording of the contract is the object of interpretation: the whole interaction pattern should be interpreted on the basis of legal norms currently in force. In this respect one could speak of a method of open interpretation instead of normative interpretation.

Open interpretation is closely linked to the system of sources of obligations, in relation to which (following the second track that I mentioned above) I take the position that these sources of obligation are openly interconnected. There is an apparent necessity to incorporate connected legal relationships somewhere in the system, however difficult it may be. These relationships are very difficult to classify, as they cannot be regarded as either contractual obligations or as obligations arising under law. Connected relationships refer to both of these types of obligations. In

my opinion this implies that both concepts from contract law and tort law can be valuable for the incorporation of connected legal relationships into the law of obligations. In this method, which Collins has called the method of productive learning, concepts from different domains are used in order to solve new cases. This method entails that in the case of hybrid legal concepts, such as connected legal relationships, in the context of the relevant source (usually the source of tort) one makes use of concepts and views that are commonly applied to other domains.

In the *fifth chapter* I apply the methods of open interpretation and productive learning to Supreme Court cases that meet the criteria of chapter 1. In my analysis of the cases I emphasize aspects that are different from those stressed by the Supreme Court. As there is an actual coherence between the relevant legal relationships in all cases, various concepts from contract law, such as e.g. the Haviltex-criterion and the doctrine of the duties to inquire and to inform, can also be used in tort law. Thus, it is possible to uncover legal relationships in which the facts are highly important and to explain them against the background of the entire law of obligations.

In *chapter 6*, on the basis of the analyses in the fifth chapter, I specify the standards that are important if one wishes to attach legal consequences to relationships that are actually economically coherent. I refute the position that reliance is the relevant factor. Reliance is often unnecessary besides other factors. Moreover, it is not the ultimate criterion on the basis of which one can determine whether the parties involved are bound. Successively, the following factors should be regarded as relevant: (1) the parties' obligations to perform are economically geared to one another, (2) the coherence between these obligations to perform, which can only be determined by their purpose, and the question whether the wish to gain mutual profit is prominent or not, (3) the knowledge that the parties involved have of the coherence, (4) the relationship between the parties and their qualities, (5) the question if the parties involved can be required to make measures to protect themselves, and 6) other factors, especially legal political ones.

In the sixth chapter I also deal with German and English law, with the aim of surveying the perspectives from which claims under obligations from legal relationships are assessed in these legal systems. I cautiously conclude that these perspectives are to be found both in German and in English law. My final conclusion is that in the future the doctrine of connected legal relationships will not be developed on the basis of an comprehensive legal concept such as reliance, a *Vertragsverbund* or a *Netzvertrag*, but by means of a catalogue of various perspectives, on the basis of which relationships that are economically coherent can be fitted into the system of the law of obligations.

Lijst van afkortingen

AC	The Law Reports. Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
A-G	Advocaat-Generaal
Abs.	Absatz
ALL ER	All England Reports
art.	artikel
B & S	Best&Smith's Queen's Bench Reports.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
D.	Recueil Dalloz
HR	Hoge Raad der Nederlanden
JCP	La semaine juridique: édition générale / Juris-classeur Périodique
JZ	Juristenzeitung
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
LQR	Law Quarterly Review
m.nt.	met noot
NJ	Nederlandse Jurisprudentie (uitspraken in burgerlijke en strafzaken)
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue juristische Wochenschrift
nt.	noot
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk recht
OBW	Oud Burgerlijk Wetboek. Burgerlijk Wetboek van 1838
p.	pagina
par.	paragraaf
Parl. gesch.	Parlementaire geschiedenis
PRG	De Praktijkgids
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis, tijdschrift voor publiek- en privaatrecht
RvdW	Rechtspraak van de Week
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WR	Woonrecht: Tijdschrift voor Woon- en Bedrijfsruimte-recht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

Jurisprudentieregister

(Verwezen wordt naar de bladzijden: in geval van meerdere vindplaatsen worden alleen de belangrijkste vermeld)

NEDERLAND

HR 3 mei 1946, <i>NJ</i> 1946, 323 (<i>Staat-Degens</i>)	1, 69, 71,78
HR 15 november 1957, <i>NJ</i> 1958, 67 (<i>Baris-Riezenkamp</i>)	1, 19
HR 17 januari 1958, <i>NJ</i> 1961, 568 (<i>Tandartsen</i>)	62
HR 30 januari 1959, <i>NJ</i> 1959, 548 (<i>Quint-Te Poel</i>)	9, 54-55, 77
HR 25 maart 1966, <i>NJ</i> 1966, 279 (<i>Moffenkit</i>)	81
HR 19 mei 1967, <i>NJ</i> 1967, 261 (<i>Saladin-HBU</i>)	63
HR 7 maart 1969, <i>NJ</i> 1969, 249	49
m.nt. G.J. Scholten (<i>Gegaste uien</i>)	
Hr 20 februari 1976, <i>NJ</i> 1978, 486 (<i>Van der laan-Top</i>)	63
HR 15 april 1977, <i>NJ</i> 1978, 133 (<i>Staalcom-Neher</i>)	80-81
HR 30 juni 1978, <i>NJ</i> 1978, 694 (<i>Van Schagen-Dikkers</i>)	49
HR 12 januari 1979, <i>NJ</i> 1979, 362	53, 79-80, 100
m.nt. A.R. Bloembergen (<i>Securicor</i>)	
HR 12 oktober 1979, <i>NJ</i> 1980, 117	60-64, 89
m.nt. G.J. Scholten (<i>Radio Modern-Edah</i>)	
HR 25 september 1981, <i>NJ</i> 1982, 443,	76
m.nt. J.M.M. Maeijer (<i>Osby</i>)	
HR 17 mei 1985, <i>NJ</i> 1986, 760 (<i>Curaçao-Boyê</i>)	66
HR 13 maart 1981, <i>NJ</i> 1981, 635 (<i>Haviltex</i>)	16, 55, 61-62
HR 10 november 1989, <i>NJ</i> 1990, 700 (<i>Azivo-GGD</i>)	77
HR 11 mei 1990, <i>NJ</i> 1991, 151	73-74, 75
m.nt. Mendel (<i>Van Rossem-Haagman assuradeuren</i>)	
HR 15 februari 1991, <i>NJ</i> 1992, 639	76
m.nt. Brunner (<i>Aalscholvers</i>)	
HR 27 november 1992, <i>NJ</i> 1993, 287 (<i>Felix-Anuba</i>)	8,22
HR 2 april 1993, <i>NJ</i> 1995, 94 (<i>Cattier-Waanders</i>)	12
Hr 17 juni 1994, <i>NJ</i> 1994, 670 (<i>Woningbouwvereniging St. Joseph</i>)	61
HR 30 september 1994, <i>NJ</i> 1996, 198 (<i>Staat-Shell</i>)	13
HR 18 november 1994, <i>NJ</i> 1995, 170 (<i>NBM-Securicor</i>)	22
HR 10 maart 1995, <i>NJ</i> 1996, 594	65
(m.nt. Kleijn onder <i>NJ</i> 1996, 595)	
HR 2 december 1994, <i>NJ</i> 1995, 288 (<i>Poot-ABP</i>)	13
HR 28 juni 1996, <i>NJ</i> 1997, 194 (<i>Moksel-KVV</i>)	54, 82
HR 15 maart 1996, <i>NJ</i> 1997, 3	77
(<i>Van der Tuuk Adriani-Batelaan</i>)	
HR 11 april 1997, <i>NJ</i> 1997, 583	7
(<i>Rabobank Groningen-Niezzink q.q.</i>)	
HR 9 januari 1998, <i>NJ</i> 1999, 285 (<i>MeesPierson-ten Bosch</i>)	37
HR 26 mei 2000, <i>NJ</i> 2000, 640 m.nt. Kleijn (<i>Mink-Paques</i>)	64-68, 88
HR 23 januari 1998, <i>NJ</i> 1999, 97	1, 50, 59-60
m.nt. J.B.M. Vranken (<i>Jans-Fiat</i>)	

HR 29 mei 1998, <i>NJ</i> 1999, 98 m.nt. J.B.M. Vranken (<i>Mooijman-Netjes</i>)	1, 19, 22-24, 89
HR 14 januari 2000, <i>NJ</i> 2000, 307 (<i>Meissner-Arenda</i>)	60
HR 12 januari 2001, <i>NJ</i> 2001, 199 (<i>Steinbusch-van Alphen</i>)	61
HR 21 december 2001, <i>NJ</i> 2002, 75 (<i>Delfland-Stoeterij de Kraal</i>)	17-18
HR 21 december 2001, <i>NJ</i> 2004, 34 m.nt. Asser (<i>Panama Caribic-Town House</i>)	76-84
HR 21 december 2001, <i>NJ</i> 2005, 96 (<i>Sobi-Hurks</i>)	53
HR 25 januari 2002, <i>NJ</i> 2003, 31 m.nt. J.B.M. Vranken (<i>Paalman-Lampenier</i>)	12, 18, 31, 53
HR 1 maart 2002, <i>LJN</i> AD8169 met conclusie A-G Bakels (<i>Trimoteur</i>)	77
HR 9 augustus 2002, <i>NJ</i> 2002, 543 <i>Van den Berg-Tollenaar/Balm</i>)	8
HR 19 september 2003, <i>NJ</i> 2005, 234 m.nt. Hijma (<i>Marks-Albert Schweitzer Ziekenhuis</i>)	9-11
HR 20 februari 2004, <i>NJ</i> 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron (<i>DSM-Fox</i>)	61
HR 7 mei 2004, <i>RvdW</i> 2004, 67 (<i>Duwbak-Linda</i>)	94, 100
HR 24 september 2004, <i>RvdW</i> 2004, 108 (<i>Vleesmeesters-Alog</i>)	1, 68-76, 88-89
HR 23 september 2005, <i>NJ</i> 2006, 100 (<i>Lisman van Raay Stichting-Sint Willibrordus Stichting</i>)	2

Gerechtshof Arnhem 12 maart 1984, <i>NJ</i> 1985, 97	73
Rechtbank 's-Gravenhage, 4 juli 2001, <i>NJ</i> 2002, 156 (<i>Schröder-De Vereniging van Eigenaren Bungaloupark Zonneweelde</i>)	66
Kantongerecht 's-Gravenhage, 4 november 1998 <i>PRG</i> 1999/5123.	72-73

DUITSLAND

BGH, Urteil v. 14.7.1956 BGHZ 21, 319 (<i>Parkplatzfall</i>)	78
BGH, Urteil v. 28.2.1977, BGHZ 69, 82 (<i>Lastschriftfall</i>)	110
BGH, Urteil v. 10.11.1994 BGHZ 127, 378 (<i>Dachbodenfall</i>)	108
BGH, Urteil v. 02.07.1996, BGHZ 133, 168 = <i>NJW</i> 1996, 2927 (<i>Nitrietofen-fall</i>)	75, 109

FRANKRIJK

Civ. 1re 8 maart 1988, J.C.P. 1988 II, note P. Jourdain (<i>Clic Clac-arrest</i>)	41,42
Assemblée plénière 2 juli 1991, D. 1991, 549 note J. Ghestin (<i>Besse-arrest</i>)	41

ENGELAND

<i>Caparo Industries plc. v. Dickman</i> [1990] 2 AC 605	94, 97
<i>D & F Estates Ltd. v. Church Commissioners for England</i> [1989] AC 177	102
<i>Governors of the Peabody Donation Fund v.</i> <i>Sir Lindsay Parkinson & Co Ltd. and others</i> [1984] 3 ALL ER	94
<i>Hedley Byrne & Co Ltd. v Heller & Partners Ltd.</i> [1964] A.C. 465	101
<i>Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.</i> [1995] 2 A.C. 145	101
<i>Junior Books Ltd v Veitchi Co Ltd.</i> [1983] 1 A.C. 520	98
<i>Marc Rich & Co v. AG Bishop Rock marine Co Ltd.</i> (The Nicholas H.) [1996] 1 AC 211	99-100
<i>Murphy v Brentwood District Council</i> [1991] 1 AC 398	98
<i>Norwich City Council v. Harvey.</i> [1989] 1 ALL ER 1180	99
<i>Simaan General Contracting Co v Pilkington Glass Ltd.</i> [1988] 1 QB 758	98-99
<i>Smith v Bush</i> [1989] 2 ALL ER 798	102
<i>Tweddle v. Atkinson</i> (1861) 1 B&S 393	96
<i>White v. Jones</i> [1995] 2 A.C. 207	101

Literatuurlijst

Abas 1997

P. Abas, 'Reactie. De tardieve bekering van Van Schilfgaarde tot de normatieve uitleg', *WPNR* 6294 (1997), p. 830-832.

Adams/Brownsword 1990

John N. Adams and Roger Brownsword, 'Privity and the Concept of a Network Contract', *10 Legal Studies* (1990), p. 12-37.

Asser/Hartkamp 2004 (4-I)

A.S. Hartkamp, met medewerking van C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel 1. De verbintenis in het algemeen*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2004.

Asser/Hartkamp 2005 (4-II)

A.S. Hartkamp, met medewerking van C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel 2. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2005.

Asser/Hijma 2001 (5-I)

Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel 1. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2001.

Asser/Kortmann 2004 (2-I)

S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel 1. Vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Scholten 1974

P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, derde druk met feitelijke gegevens aangevuld door mr. G.J. Scholten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Asser/Vranken 2005

J. B. M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel [3]: een vervolg*, Kluwer: Deventer 2005.

Bacache-Gibeili 1996

M. Bacache-Gibeili, *La relative des conventions et les groupes de contrats*, Parijs: Librairie générale de droit et de jurisprudence 1996.

Bakels 1996

F.B. Bakels, 'Vloeiend verbintenissenrecht', *RM Themis* 1996, p. 42-56.

Von Bar 1980

Christian v. Bar, *Verkehrspflichten: richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln [etc.] : Heymann 1980

Von Bar 1996

Christian v. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band I*, München: Verlag C.H. Beck 1996.

Von Bar 1999

Christian v. Bar, Discussiebijdrage, in: *Einbeziehung Dritter in den Vertrag*. Karlsruher Forum 1998. Mit Vorträgen von Johannes Köndgen und Walter Bayer. Karlsruhe: Verl. Versicherungswirtschaft 1999, p. 105-111.

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer: Kluwer 1992.

Bartman/ Dorresteyn 2003

S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2003.

Van den Berg 1990

M.A.M.C. van den Berg, *Samenwerkingsvormen in de bouw*, Deventer: Kluwer 1990.

Van den Berg 2000

P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht: over rekkelijken en preciezen in een dynamische wereld*, Deventer: Gouda Quint 2000.

Berlin 1958

I. Berlin, *Two concepts of liberty*, opgenomen in: I. Berlin, *Four Essays on liberty*, Oxford: Oxford university Press 1969.

Bernstein 1998

Robby Bernstein, *Economic Loss* (2nd edition), London: Sweet & Maxwell 1998.

Bloembergen 1977

A.R. Bloembergen, 'De eenheid van privaatrecht en administratief recht', *WPNR* 5372-5375 (1977), in het bijzonder: *WPNR* 5374 (1977), p. 33-36.

Bloembergen 1980

A.R. Bloembergen, 'Over de methode van Meijers', *WPNR* 5504 (1980), p. 41-54.

Bollen 2004

C. Bollen, 'Onjuiste mededelingen en de samenloop tussen dwaling en wanprestatie: de ene mededeling is de andere niet!', *NTBR* 2004, p. 414-427.

Van Boom 2002

W.H. van Boom, *Vrijkingsafdracht en aansprakelijkheid*, Preadvis voor Vereniging voor Burgerlijk recht. Opgenomen in: *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking. Preadvisen voor de Vereniging voor Burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 71- 147.

Van Boom/Kozioł/Witting 2004

Willem H. van Boom, Helmut Kozioł, Christian A. Witting (eds.); with contrib. by Laurent Bloch ... [et al.], *Pure economic loss*, Wien: Springer 2004.

Brownsword 2001

Roger Brownsword, 'Individualism, Cooperativism and an Ethic for European Contract Law', *The modern law review* vol.64 (2001) nr.4 p. 628-642.

Bussani/Palmer 2003

Mauro Bussani and Vernon Valentine Palmer, *Pure economic loss in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.

Bydlinski 1967,

Franz Bydlinski, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Wien: Springer Verlag 1967.

Cahen 1965

J.L.P. Cahen, 'Kortsluiting in contractuele verhoudingen', *RM Themis* 1965, p. 473-507.

Cahen 1979

J.L.P. Cahen, 'Een Trojaans schadepaard voor de contractuele stadswal van art. 1376 BW', *WPNR* 5496-5498 (1979).

Cahen 2004

J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden*, Monografieën Nieuw BW B57, Deventer: Kluwer 2004. Mon. Nieuw BW B-57 (Cahen)

Canaris 1965

Claus-Wilhelm Canaris, 'Ansprüche wegen positiver Forderungsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen. Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen', *JZ* 1965, p. 475-482.

- Canaris 1971
Claus-Wilhelm Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München: Beck 1971.
- Canaris 1999
Claus-Wilhelm Canaris, 'Die Haftung des Experten gegenüber Dritten', *ZHR* 163 (1999) p. 206-245.
- Canaris 2002
Claus-Wilhelm Canaris, *Schuldrechtsreform 2002*, München: Beck 2002.
- Chao-Duivis 1996
M.A.B. Chao-Duivis, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, Deventer: Kluwer 1996.
- Chitty on Contracts 2004
H.G. Beale (gen.ed.), *Chitty on Contracts, Volume 1, General Principles*, London: Sweet & Maxwell 2004.
- Claeys 2003
Ignace Claeys, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken*, Antwerpen: Intersentia 2003.
- Clement 1996
Grace Clement, *Care, autonomy, and justice: feminism and the ethic of care*, Westview Press: Boulder 1996.
- Collins 1997
Hugh Collins, 'Productive learning from the collision between the doctrinal sub-systems of contract and tort', in: Daniel Visser (ed.), *The limits of the law of obligations*, Cape Town: Juta 1997, p. 55-74.
- Collins 2003
Hugh Collins, *The law of contract*, Butterworths/LexisNexis: London 2003.
- Collins 2006
Hugh Collins, 'The Weakest Link: Legal Implications of the Network Architecture of Supply Chains', in: Marc Amstutz/Gunther Teubner (eds.), *Contractual Networks: Legal Issues of Multilateral Cooperation*, Hart Publishing: London (nog te publiceren: inzage verkregen van redactie).
- Van Dunné 1971
J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen. Een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1971.
- Van Dunné 2004a
J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht. *Dl. 1*Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004.
- Van Dunné 2004b
J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht. *Dl. 2*Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen*, Deventer: Kluwer 2004.
- Eijsbouts 1993
W.T. Eijsbouts, 'De twee gezichten van zorgvuldigheid', *RM Themis* 1993, p. 515-522.
- Eggens 1950
J. Eggens, 'De bronnen van verbintenis', *WPNR* 4158-4160 (1950), opgenomen in: *Eggens bundel. Een selectie uit het werk van Jannes Eggens*, bezorgd door H.C.F. Schoordijk en J.M. Smits, Overveen: Belvédère/Boekhandel de Kloof 1998, p. 362-382.
- Ernes 1999
A.L.H. Ernes, 'Schijn van volmacht op grond van functie?', *WPNR* 6346 (1999), p. 143-147.

Ernes 2000

A.L.H. Ernes, *Onbevoegde vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2000.

Ernes 2001

A.L.H. Ernes, 'Identiteit van de wederpartij. Enkele rechtsvergelijkende opmerkingen naar aanleiding van HR. 13 juli 2001, *NJ* 2000, 497 (Hardstaal/Bovry)', *WPNR* 6469 (2001), p. 1037-1041.

Van Erp 1990

J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking. Een rechtsvergelijkende studie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Fabre-Magnan 2004

Muriel Fabre-Magnan, *Les obligations*, Paris: Presses Universitaires de France 2004.

Foqué/'t Hart 1990

R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming: grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint; Kluwer 1990.

Flannigan 1987 (2001)

Robert Flannigan, 'Privity-The End of an Era (Error)', in: Peter Kincaid (ed.), *Privity: private justice or public regulation*, Aldershot: Dartmouth Publishing Company/Ashgate Publishing Limited: Aldershot/Burlington 2001, p. 28-59. Eerder gepubliceerd in (1987) 103 *Law Quarterly Review*, p. 564- 593.

Gerdes 2005

Daniel Gerdes, *Derdenverrijking*, Diss. Groningen 2005.

Gernhuber 1973

Joachim Gernhuber, 'Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Verbund: Zur Lehre von den Vertragsverbindungen', in: *Festschrift für Karl Larenz*, München: Beck 1973, p. 455-494.

Gernhuber 1989

Joachim Gernhuber, *das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*, Tübingen: Mohr& Siebeck 1989.

Van Gerven 2000

W. van Gerven, P. Larouche en J. Lever, *Cases, materials and text on national, supranational and international tort law* (reeks: Ius commune casebooks for the common law of Europe), Oxford: Hart 2000.

Ghestin-Jamin-Billiau 2001

Jacques Ghestin, Christophe Jamin, Marc Billiau, *Traité de droit civil. ★[T. 3]★ Les effets du contrat : interprétation - qualification - durée - inexécution, effet relatif - opposabilité*, Paris: L.G.D.J. 2001

Giesen 2005

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005.

Gilligan 1982

Carol Gilligan, *In a different voice: psychological theory and women's development*, Cambridge: Harvard University Press 1982.

Gilmore 1974

Grant Gilmore, *The death of contract*, Ohio: Columbus: Ohio State University Press 1974.

Glastra van Loon 1980

J. F. Glastra van Loon, *De eenheid van het handelen. Opstellen over recht en filosofie*, Amsterdam: Boom 1980.

Gribnau 1998

J.L.M. Gribnau, *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht: rechtstheoretische beschouwingen over navordering, toezegging en fiscale vaststellingsovereenkomst*, Rotterdam/Deventer: Sanders Instituut /Gouda Quint 1998.

Gribnau 2002

J.L.M. Gribnau, 'Eenheid en verscheidenheid door rechtsbeginselen', in: A.M.P. Gaakeer en M.A. Loth (red.), *Eenheid en verscheidenheid in recht en rechtswetenschap*, Deventer: Kluwer 2002, p. 43-65.

Haupt 1941

Günter Haupt, *Über Faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig: Weicher 1941.

Hartlief 2002a

T. Hartlief, 'Zorgplichten in het onrechtmatige daadsrecht. Uitdijning en begrenzing', in: S.C.J.J. Kortmann (red.), *Ondemening en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 481-515.

Hartlief 2002b

T. Hartlief, 'Delfland-De Stoeterij: de (beperkte) betekenis van artikel 6:171 BW Aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten'. HR 21 december 2001, NJ 2002, 75, *Ars Aequi* 2002, p. 886-896.

Henke 1989

Horst-Eberhard Henke, *Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses: wie relativ ist eigentlich das Band zwischen Gläubiger und Schuldner?*, Berlin: Duncker & Humblot 1989.

Hesseling 1999

M.W. Hesseling, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

Van den Heuvel 2004

N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Hijma 1997

Jac. Hijma, 'Van der Tuuk Adriani/Batelaan', *Ars Aequi* 1997, p. 102-108.

Karampatzos 2005

Antonios Karampatzos, *Vom Vertrag mit Schutzwirkung für dritte zur deliktischen berufsbezogenen Vertrauenshaftung. Zugleich ein Beitrag zum Ersatz fahrlässig verursachter reiner Vermögensschäden*, Baden-Baden: Nomos 2005.

Klomp 1998

R.J.Q. Klomp, 'De relativiteit van de ongeschreven norm naar Nederlands en Engels recht', *Ars Aequi* 1998, p. 398-402.

De Kluiver 1992.

Harm-Jan de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, Kluwer: Deventer 1992.

Kokert 1995,

Josef Kokert, *Der Begriff des Typus bei Karl Larenz*, Berlin: Duncker & Humblot 1995.

Köndgen 1999

Johannes Köndgen, 'Die Einbeziehung Dritter in den Vertrag', in: *Einbeziehung Dritter in den Vertrag*. Karlsruher Forum 1998. Mit Vorträgen von Johannes Köndgen und Walter Bayer. Karlsruhe: Verl. Versicherungswirtschaft 1999, p. 3-49.

Koopmans 1965 (1991)

T. Koopmans, *Contractueel Stippelwerk*, Inaugurale rede, 19 november 1965, Leiden-Alphen aan den Rijn 1965, opgenomen in: *Juridisch Stippelwerk*, Deventer: Kluwer 1991, p. 5-19.

Koopmans 1982 (1991)

T. Koopmans, *Juridische Dialectiek*. Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, deel 45-3, Amsterdam 1982, opgenomen in: *Juridisch Stippelwerk*, Deventer: Kluwer 1991, p. 77-95.

Kortmann 1977

S.C.J.J. Kortmann, 'Derden'-werking van aansprakelijkheidsbedingen, Deventer: Kluwer 1977.

Kortmann 1993

S.C.J.J. Kortmann, 'Res inter alios acta, aliis neque nocere, neque potesse potest.' in: M.E. Franke e.a. (red.), *Beginselen van vermogensrecht, BW Jaarboek 1993*, Gouda Quint: Arnhem 1993, p. 137-148.

Kottenhagen 1995

R.J.P. Kottenhagen, 'Contractuele of delictuele aansprakelijkheid', *NTBR* 1995, p. 135-141.

Krebs 2000

Peter Krebs, *Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten*, München: C.H. Beck 2000.

Van Laarhoven 2002,

M.J. van Laarhoven, 'Aansprakelijkheid voor het verschaffen van onjuiste informatie in een precontractuele verhouding', *WPNR* 6484 (2002), p. 287-294.

Lambrecht 1994

Peter Lambrecht, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis. Entstehung, Rezeption und Niedergang*, Tübingen: Mohr (Paul Siebeck) 1994.

Langemeijer 1962

G.E. Langemeijer, *Juridische dogmatiek*, Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen. Afd. Letterkunde; Nieuwe Reeks, dl. 25, nr. 10, Amsterdam: Noord-Hollandsch Uitgevers Maatschappij 1962.

Larenz 1991,

Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer-Verlag: Berlin etc. 1991.

Larroumet 1996

Christian Larroumet, *Droit Civil. Tome 3: Les obligations. Le contrat*, Paris : Economica 1996.

Leenen 1971

Detlef Leenen, *Typus und Rechtsfindung: die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*, Berlin: Duncker & Humblot 1971.

Linssen 1995

J.G.A. Linssen, 'Samenhangende rechtsverhoudingen in het contractenrecht', *NJB* 1995, p. 1265-1273.

Linssen 2001

J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking. Een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Loenen 1998

M.L.P. Loenen, *Zorg als bron van vernieuwing: beschouwingen over gender en recht*, Gouda Quint: Deventer 1998.

Loges 1991

Rainer Loges, *Die Begründung neuer Erklärungspflichten und der Gedanke des Vertrauensschutzes*, Berlin: Duncker und Humblot 1991.

Loth 2002

Marc Loth, 'Tussen eenheid en verscheidenheid: contextualisme in taal, wetenschap en samenleving', in: A.M.P. Gaakeer en M.A. Loth (red.), *Eenheid en verscheidenheid in recht en rechtswetenschap*, Deventer: Kluwer 2002, p. 19-41.

Loth en Gaakeer 2005

M.A. Loth en A.M.P. Gaakeer, *Meesterlijk recht: over recht, rechtswetenschap en juristerij*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Lubach en Oldenhuis 2002

R.D. Lubach en F.T. Oldenhuis, 'Hoever reikt de aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen (art. 6:171 BW)?', *Aansprakelijkheid Verzekering en Schade* 2002, p. 133 e.v.

Lubach 2005

R.D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen. Over de achtergrond, reikwijdte en toepassing van art. 6:171 BW.*, diss. Groningen 2005.

Van Maanen 1997

G.E. van Maanen, 'De relativiteit als onlosmakelijk bestanddeel van de onrechtmatigheidsvraag', in: *Miscellanea, Jurisconsulto vero Dedicata*, Bundel opstellen aangeboden aan prof. mr J.M. van Dunné, Deventer: Kluwer 1997, p. 255-272.

Markesinis 1987

B.S. Markesinis, 'An Expanding Tort Law-The Price of a Rigid Contract Law, (1987) 103 *Law Quarterly Review*, p. 354-397.

Markesinis 1994

B.S. Markesinis, *The gradual convergence: foreign ideas, foreign influences, and English law on the eve of the 21st century*, Oxford New York: Clarendon Press; Oxford University Press 1994.

Markesinis/Deakin 2003

Basil Markesinis, Simon Deakin, Angus Johnston, *Markesinis and Deakin's Tort law*, Oxford: Clarendon Press 2003.

Medicus 2005

Dieter Medicus, *Schuldrecht: ein Studienbuch*, 13. neubearb. Aufl. München: Beck 2005.

Meijer 1998

F.W.J. Meijer, 'Samenhangende rechtsverhoudingen in ontwikkeling I' en 'Samenhangende rechtsverhoudingen in ontwikkeling II', *WPNR* 6329 en 6330 (1998), p. 617-621 en p. 631-634.

Meijers 1948

E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers 1948.

Meyer-Cording 1973

Ulrich Meyer-Cording, 'Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?: zum Selbstverständnis der Rechtswissenschaft', Tübingen: Mohr 1973.

Möschel 1986

Werner Möschel, 'Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs', *AcP* 186 (1986), p. 187-237.

Nieskens-Ispording 1991

B.W.M. Nieskens-Ispording, *Het fait accompli in het vermogensrecht. Een (rechtsvergelijkend) onderzoek naar een aanvullende wijze van ontstaan en tenietgaan van verbintenissen*, Deventer: Kluwer 1991.

Nieskens-Isphording 1993

B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Kroniek Boek 3 titel 2 en 3', *NTBR* 1993, p. 75-77.

Nieskens-Isphording en van der Putt-Lauwers 2002

B.W.M. Nieskens-Isphording en A.E.M. van der Putt-Lauwers, *Derdenbescherming*, Monografieën Nieuw BW A-22, Deventer: Kluwer 2002.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1979.

Nieuwenhuis 1980

J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu. Ontwikkelingen op het gebied van de overdracht van roerende zaken bevattende tevens enige beschouwingen omtrent de status van overgangsvormen in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1980.

Nieuwenhuis 1982

J.H. Nieuwenhuis, *Anders en eender: beschouwingen over samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1982.

Nieuwenhuis 1997

J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & compromis: recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 1997.

Nieuwenhuis 1999

J.H. Nieuwenhuis, 'Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 23-32.

Oechsler 1997

Jürgen Oechsler, *Gerechtigkeit in modernen Austauschvertrag. Die theoretischen Grundlagen der Vertragsgerechtigkeit und ihr praktischer Einfluss auf Auslegung, Ergänzung und Inhaltskontrolle des Vertrages*, Tübingen: Mohr 1997.

Oldenhuis 1998

F.T. Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen*, Monografieën Nieuw BW B-46, Deventer: Kluwer 1998.

Du Perron 1996

C.E. Du Perron, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten. Derdenwerking van overeenkomsten: een Franse les over de contractueel betrokken derde?*, Studiekkring 'Prof. Mr. J. Offerhaus', nieuwe reeks nr. 5, Deventer: Kluwer 1996.

Du Perron 1997

C.E. du Perron, 'De contractueel betrokken derde: tweeëndertig jaar later', in: *J.L.P. Cahen bundel*, Deventer: Kluwer 1997, p. 229-250.

Du Perron 1999

C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden. Een analyse van de relativiteit van de contractswerking*, Deventer: Kluwer 1999.

Du Perron 2000

C.E. du Perron, 'Samenhangende rechtsverhoudingen in het handelsrecht', in: *Het eigen gezicht van het handelsrecht. Preadvies van de vereniging 'handelsrecht'*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 239-273.

Picker 1983

Eduard Picker, 'Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo - Zur Problematik der Haftungen "zwischen" Vertrag und Delikt', *AcP* 183 (1983), p. 369-520.

Picker 1987

Eduard Picker, 'Vertragliche und deliktische Schadenshaftung', *JZ* 1987, p. 1041-1058.

Picker 1999

Eduard Picker, 'Gutachterhaftung. Außervertragliche Einstandspflichten als innergesetzliche Rechtsfortbildung', in: *Festschrift für Dieter Medicus*, Köln: Carl Heymanns 1999, p. 397-447.

Rohe 1998

Matthias Rohe, *Netzverträge*, Tübingen: Mohr 1998.

Van Rossum 1991

M.M. van Rossum, *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 1991.

Van Rossum 1998

M.M. van Rossum, *Misbruik van omstandigheden*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Van Schaaijk 2001

G.A.F.M. van Schaaijk, *Twee vermogensmodellen in het contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Van Schaick 1999,

A.C. Van Schaick, *Volmacht*, Monografieën Nieuw BW B-5, Deventer: Kluwer 1999.

Van Schilfgaarde 1976 (2000)

P. van Schilfgaarde, 'J.M. van Dunné/Normatieve uitleg van rechtshandelingen (boekbespreking)', *RM Themis* 1976, p. 546-562. Opgenomen in: P. van Schilfgaarde, *Peter van Schilfgaarde, select : een bloemlezing uit zijn werk*, Deventer: Kluwer 2000, p. 89-111.

Van Schilfgaarde 1978

P. van Schilfgaarde, 'Boekbespreking' (bespreking van: G.H.A. Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977), *RM Themis* 1978, p. 457-462.

Van Schilfgaarde 1979

P. van Schilfgaarde, 'Securicor BV', *Ars Aequi* 1979, p. 556-561.

Van Schilfgaarde 1997

P. van Schilfgaarde, 'Uitleg van rechtshandelingen I' en 'Uitleg van rechtshandelingen II, slot', *WPNR* 6282 en 6283 (1997), p. 587-592 en p. 611-615.

Van Schilfgaarde 2000

P. van Schilfgaarde, 'Feiten en Rechtsoordelen (I) en 'Feiten en rechtsoordelen (II, slot)', *WPNR* 6396 en 6397 (2000), p. 227-231 en p. 243-249.

Van Schilfgaarde 2001

P. van Schilfgaarde, 'Ius vigilantibus scriptum', *WPNR* 6428 (2001), p. 21-27.

Van Schilfgaarde 2006

P. van Schilfgaarde, 'Acciditutie in de rechtsvinding', *WPNR* 6649 (2006), p. 1-11.

Van Schilfgaarde/Winter 2003

P. van Schilfgaarde en J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2003.

Schimansky 2003

Annika Schimansky, *Der Franchisevertrag nach deutschem und niederländischem Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003.

Schlechtriem 2003,

Peter Schlechtriem, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck 2003.

Schoordijk 1970a

H.C.F. Schoordijk, 'Het leerstuk van de opgewekte schijn van volmacht en de Engels-Amerikaansrechtelijke leer van de 'apparent authority'', in: *Honderd jaar rechtsleven: de Nederlandse Juristen-Vereeniging, 1870-1970*, Zwolle; Tjeenk Willink, p. 1-24.

Schoordijk 1970b

H.C.F. Schoordijk, 'Typologiseren en moduleren in de rechtsvinding. Variaties op het thema overeenkomst.', in: *Rechtsvinding. Opstellen aangeboden aan prof. dr. J.M. Pieters ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Hogeschool te Tilburg* (Pietersbundel), Deventer: Kluwer 1970.

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.

Schoordijk 1988

H.C.F. Schoordijk, 'Paardesprongen in en buiten het handelsrecht', in: M.J.G.C. Raaijmakers e.a. (red.) *Handelsrecht tussen 'koophandel' en Nieuw BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 189-215.

Schoordijk 1991

H.C.F. Schoordijk, *Rechtsverwerking*, Afscheidscollege Katholieke Universiteit Brabant, Deventer: Kluwer 1991.

Schoordijk 1998

H.C.F. Schoordijk, 'Samenwerking en samenwerkingsovereenkomst', *WPNR* 6320 (1998), p. 427-431.

Schut 1997

G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Sieburgh 1997

C.H. Sieburgh, 'Wat is rechtsinbreuk?', *NJB* 1997, p. 628-635.

Sieburgh 2000

C. H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Kluwer: Deventer 2000.

Snijders 1973

W. Snijders, 'Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe BW', in: J.F. Glastra van Loon e.a., *Speculum Langemeijer: 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 453-471.

Smith 1998

C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm: een methodologisch onderzoek naar de betekenis van de feiten voor de rechtsvinding en legitimatie van het rechtsoordeel*, Shaker Publishing: Maastricht 1998.

Smits 1995

J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, Gouda Quint: Arnhem 1995.

Smits 1997

J.M. Smits, 'Bronnen van verbintenis: over pragmatisme en de Anglicisering van het Nederlands verbintenissenrecht', *RE&R, Nederlands tijdschrift voor rechtstheorie en rechtsfilosofie* 1997, p. 213-224.

Smits 1999

J. M. Smits, *Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten: parallellen en verschillen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Smits 2003

J.M. Smits, *Bronnen van verbintenissen*, Monografieën Nieuw BW A2, Deventer: Kluwer 2003.

Stapleton 1991

Jane Stapleton, 'Duty of Care and Economic Loss: a Wider Agenda', *Law Quarterly Review* 107 (1991) p. 249-297.

Stapleton 2003

Jane Stapleton, 'Comparative Economic Loss: Lessons from Case-Law-Focused Middle Theory', 50 *UCLA Law Review* (2002-2003), p. 531-583.

Stoll 1999

Hans Stoll, 'BGH, Urteil vom 2. Juli 1996, BGH - Zur Reichweite des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Deutsche Anmerkung', *European review of private law* vol.7 (1999) nr.1 p. 103-109.

Storme 1990

M. E. Storme, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, Brussel: E. Story-Scientia 1990.

Storme 1993

M.E. Storme, 'De bindende kracht van de overeenkomst' in: M. E. Franke e.a. (red.), *Beginselen van vermogensrecht, BW Jaarboek 1993*, Gouda Quint: Arnhem 1993, p. 117-136.

Teubner 1991

Gunther Teubner, 'Beyond Contract and Organization? The external liability of Franchising Systems in German Law', in: Christian Joerges (ed.), *Franchising and the Law. Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*, Baden-Baden: Nomos 1991, p. 105-132.

Teubner 2002

Gunther Teubner, 'Hybrid Laws: Constitutionalizing Private Governance Networks' in: Robert A.Kagan, Martin Krygier, Kenneth Wilson (ed.), *Legality and Community. On the Intellectual Legacy of Philip Selznick*, Oxford: Rowman & Littlefield 2002, p. 311-331.

Teubner 2004

Gunther Teubner, *Netzwerk als Vertragsverbund. Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht*, Baden-Baden: Nomos 2004.

Tjong Tjin Tai 2003

E. Tjong Tjin Tai, 'Schijnvolmacht en vertrouwensbeginsel', *NTBR* 2003, p. 290-297.

Valk 1995

W.L. Valk, 'De eenheid van ons verbintenissenrecht', *NJB* 1995, p. 1084-1090.

Vranken 1986

J.B.M. Vranken, 'Boekbespreking' (bespreking van: G.J. Scholten, *Grondslag en bronnen van verbintenissen*, Monografieën Nieuw BW A-serie, Deventer: Kluwer 1983), *RM Themis* 1986, p. 142-147.

Vranken 1989

J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

Vranken 1991

J.B.M. Vranken, 'Naar een meer geïntegreerd aansprakelijkheidsrecht bij wanprestatie en onrechtmatige daad' in: W.C.L van der Grinten e.a. (red.), *Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 323-330.

Vranken 1994

J.B.M. Vranken, 'Maatwerk of konfektie in het verbintenissenrecht', in: *CJHB*: Brunner-bundel: opstellen, op 15 april 1994 aangeboden aan prof. mr. C.J.H. Brunner ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag, Deventer: Kluwer 1994, p. 417-427.

Vranken 1996

J.B.M. Vranken, 'Misbruik van recht als overgangsfiguur', in: M.E Franke e.a.(red.), *Onrechtmatige daad*, BW-krant Jaarboek 1996, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 87-95.

Vranken 1997a

J.B.M. Vranken, 'Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht', in: *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid*, Preadviezen voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer 1997.

Vranken 1997b

J.B.M. Vranken, 'De derde in het overeenkomstenrecht I' en 'De derde in het overeenkomstenrecht II', *WPNR* 6297 en 6298 (1997), p. 715-720 en p. 735-739.

Vranken 2000

J.B.M. Vranken, 'Over partij-autonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht', in: J.M. Barendrecht e.a., *Beginselen van contractenrecht* (Nieskens-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 145-155.

Vranken 2002

J.B.M. Vranken, 'Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie', *WPNR* 6472 (2002), p. 39-47.

Waddams 2003

Stephen Waddams, *Dimensions of Private Law. Categories and Concepts in Anglo-American legal Reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Wellenhofer 2006

Marina Wellenhofer, 'Third Party Effects of Bilateral Contracts within the Network', in: Marc Amstutz/Gunther Teubner (eds.), *Contractual Networks: Legal Issues of Multilateral Cooperation*, Hart Publishing: London (nog te publiceren: inzage verkregen van redactie).

Whittaker 1995

Simon Whittaker, 'Privity of Contract and the Law of Tort: The French Experience', *Oxford journal of legal studies*, vol.15 (1995) nr.3, p. 327-370.

Whittaker 1996

Simon Whittaker, 'Privity of Contract and the Tort of Negligence: Future Directions', *Oxford journal of legal studies*, vol.16 (1996) nr.2, p. 191-230.

Witting 2004

Christian Witting, *Liability for negligent misstatements*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Zimmermann/Whittaker 2000

Reinhard Zimmermann en Simon Whittaker, *Good faith in European contract law*, Cambridge [etc.]: Cambridge University Press 2000.

Zimmermann 2001

Reinhard Zimmermann, 'Schuldrechtsmodernisierung?', *Juristenzeitung* 2001, p. 171-180.

Zwalve 1995

W.J. Zwalve, 'Zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking', *NTBR* 1995, p. 157-163.

Trefwoordenregister

(verwezen wordt naar de bladzijden. Alleen de belangrijkste vindplaatsen worden vermeld)

aansprakelijkheid	
- voor hulppersonen	17-19, 103
- voor zaken	17
aansprakelijkheidsgronden	20
aansprakelijkheidsrecht	15, 22
aanvullende werking van wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid	16
aard van de overeenkomst	70, 73
aard van de rechtsverhouding	17, 76
<i>ähnliche geschäftliche Kontakte</i>	111-112
appartementsrecht	64-68, 83
autonome grondslag derdenwerking	35-36
autonomie	27-31
autonomiebeginsel	25-31, 35
beding van centrale verhuur	64-68
begrip (en type)	47-48
begrippensysteem	21, 24, 51
bekrachtiging	7
beperkende werking van redelijkheid en billijkheid	52,81
beroepsaansprakelijkheid	48, 105, 108
beschermenswaardig(heid)	74
betalingsverkeer	43, 45, 110
betrokkenheidsverhouding	21, 80, 81
branchebeschermingsbeding	60-64
bijdrageplicht	80-84
bronnen van verbintenissen	9, 20, 53-54, 57, 77
bundel van contracten	62, 64
compensatie (<i>zie ook</i> : schadeloosstelling)	74-76
conceptualisering	39-40
concern (verband)	6, 53, 74
<i>consideration</i>	96
contextualisering	5-8, 16, 24
contextualisme	5
contextualistische	13, 63
contort	3, 56
contract	
- grens contract en onrechtmatige daad	20-24
- kenmerken contract	20-21
- functie contract	21
contractgroep(en)	40, 61
contractualisering	40 e.v.

contractueel betrokken derde (theorie)	34, 63, 67
contractsbegrip	42
contractsmodel	42
contractsmodellen	47
contractsvrijheid	25, 27, 31
deelrechtsorde	67
derdenbeding	64, 82, 97
derdenwerking van de overeenkomst	33, 48-49, 59, 67, 80
derdenwerking/doorwerking van exoneratiebedingen	40-41, 79-80, 81, 100
doel	90, 107, 112
doelverbondenheid	50
dogmatiek	8
<i>Dritte Spur</i>	105
<i>duty of care</i>	13, 93, 97
dwaling	9-11, 81
- dwaling en wanprestatie (grens)	11-12
eenheid van onderneming	17-18
eenheid van prestatie	42, 49
<i>ethics of care</i>	29-31
<i>ethics of justice</i>	29-31
exoneratiebeding (zie doorwerking van exoneratie-bedingen)	
exploitatieplicht	70 e.v.
<i>Faktische Vertragsverhältnis</i>	78
feit (en norm: wisselwerking)	5-8, 39, 51, 52-53
feitelijk-economische samenhang	49, 60, 67, 90-91, 112
feitelijk-economisch samenhangende verhoudingen	3, 35, 40
feitelijk-economische samenwerking	44, 49, 64, 89
feitelijke afstemming	72, 90, 112
feitelijke context	6
feitelijke samenhang	1, 2, 50, 59
feitelijke samenwerking	21, 23, 25, 26, 72,
feitelijke verhouding (en rechtsverhouding)	51
franchiseovereenkomst	12
franchising	44, 45, 93, 112
<i>free rider</i>	83, 93
gerechtvaardigd vertrouwen (zie: vertrouwen)	
gezichtspunten	6, 63-64, 74-75, 90-94, 112-114
gezichtspuntencatalogus	63, 93, 114
goede trouw	34, 35, 76
<i>good faith</i>	95
grens wanprestatie en onrechtmatige daad	15-20
grensgebied contract/onrechtmatige daad	3, 21-22, 61, 104
grensgevallen	18

groepen van contracten	40-43, 97
grondslag gebondenheid aan verbintenis	20, 22-31
handelingsvrijheid	5, 14, 106
Haviltex-maatstaf	15, 55, 61, 80
heteronome grondslag derdenwerking	36
hoedanigheid van partijen	6, 92, 113
huurkoopfinanciering	50, 59-60
identiteit van verbintenissen	41
inbeddingsleer	78
inbreuk op een subjectief recht	14-15
inhoud van de overeenkomst	16
inhoudstoetsing	81
interactiesituatie	24, 27
intersubjectiviteit	29
inzicht	91
<i>ius in causa positum</i>	6-7
kenbaarheid	91, 108, 113
ketenovereenkomsten	40
kettingbeding	82
kwalificatieproces	28
lastgeving	1, 82
<i>Leistungsnähe</i>	48, 108, 112
<i>Leistungsverbund</i>	46, 110
<i>mapping</i>	56
meerpartijencontract	1, 2
meerpartijenverhouding(en)	1, 2, 19, 33, 59
mengvormen	57
multi-factor benadering	105, 114
nadeel	66, 74
negatieve vrijheid	25, 33-34
netwerk	33, 44, 95, 113
<i>Netzwerk</i>	44-45
<i>Netzvertrag</i>	43, 45-46, 111
<i>non-cumul</i>	40
normatieve uitleg	16, 51-53
onderzoeksplicht	10, 66, 83
onderzoeks-mededelings- en informatieplichten	9, 27, 55, 80, 81
ongerechtvaardigde verrijking	55, 76, 82-83
onjuiste mededeling	12, 30

onrechtmatige daad	13-15, 74-76
- grens tussen wanprestatie en onrechtmatige daad	15-20
- grens tussen contract en onrechtmatige daad	20-24
- maatstaf	16 -17
open normen	6-7
open regel (s)	24, 53
open systeem van verbintenissen	54-55
opgedrongen verrijking	82-83
open uitleg	52-53
overgangsfiguren	21-22, 57
partij (en derde)	7-38
partijbedoeling	6
partij-autonomie (zie ook: autonomiebeginsel)	21, 26, 28, 31, 105
paternalisme	29, 14
persoonsbegrip	30
plicht om rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen (zie ook: zorgplicht)	5, 9, 19, 22, 28, 31
positieve vrijheid	25, 35
precontractuele fase	12, 30
predelictuele verhouding	53
(primaire) prestatieplicht (en)	45, 82, 104, 105, 107
prestatieverband(en)	84, 110
<i>privity</i>	96
<i>productive learning</i>	55-57
profijt	67, 91
project	44, 90, 105, 112
<i>proximity</i>	97-98, 112, 113
<i>pure economic loss</i>	98, 102
zie ook: zuivere vermogensschade)	
<i>Quint-te Poel-formule</i>	9, 57
<i>Reasonableness</i>	97
rechtsbetrekking	56, 84
rechtshandeling	20, 51, 52
rechtskarakter van het recht	28-29
rechtspolitieke factoren	93
rechtssysteem (zie ook: systeem)	20
rechtsvergelijking	2, 87
rechtsverhouding (en feitelijke verhouding)	51
rechtsvinding	5-8
rechtvaardigheidsethiek	30
redelijkheid en billijkheid	7, 12, 52, 73, 77, 81, 95
relatieve positie van partijen ten opzichte van elkaar	15, 97
relationele grondstructuur	29

relativering	8
<i>Relativität des Schuldverhältnisses</i>	103
relativiteitsbeginsel	33-38, 96, 103
relativiteitsvereiste	13, 94
risico-allocatie	99, 103, 113
samenhang	2, 67
samenhangende overeenkomsten	
- tussen twee partijen	2
- Franse theorievorming	40
samenhangende rechtsverhoudingen	1, 2, 49
(begrip/afbakening)	
samenloop	57
samenwerking (zie ook: feitelijke samenwerking)	19, 50, 72, 90
samenwerkingsovereenkomst	22
samenwerkingsverband	81
schadeloosstelling (zie ook: compensatie),	74-76
schadevergoeding	
- wettelijke verplichting	17
- secundaire schadevergoedingsplichten	45, 105-106
(Duits recht),	
<i>Schutzbedürftig(keit)</i>	75, 107, 108, 109, 110, 113
<i>Schutzpflichten</i>	104, 107, 111
<i>Sonderverbindung</i>	46, 104, 105-106, 107, 112
spilfiguur	40, 44, 92
strekking	63, 66
systeem van bronnen van verbintenissen	9, 23, 24, 53-55
systematisering	56
<i>théorie des groupes de contrats</i>	40-43
toedoen (van de achterman)	8
toedoen (van de verrijkte)	82
toedoenbeginsel	7-8
toerekeningsbeginsel	7-8
toerekeningsleer	51
toestemming	22, 42
<i>tort of negligence</i>	96-98
tussenvormen/tussenfiguren	21-22
type (en begrip)	47-48
<i>Typenzuordnung</i>	47
typologie en derdenwerking	48-49
typologiseren	47-50
uitleg (zie ook: normatieve uitleg en open uitleg)	
- van een overeenkomst	16
- en de positie van de contractueel betrokken derde	35
- van samenhangende rechtsverhoudingen	53, 59-60, 61-63, 66-67, 80-81

verantwoordelijkheid	12, 14, 30
<i>Verbundssystem</i>	43
<i>Verkehrspflichten</i>	104
verrijksactie	54
vertegenwoordigingsbevoegdheid	7
<i>Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte</i>	108-110
<i>Vertragsnetz</i>	46, 64
<i>Vertragsverbund</i>	44, 111
<i>Vertrauenshaftung</i>	105
vertrouwen	22, 26, 27, 29, 81, 87-90, 105, 106, 113-114
vertrouwensgedachte	107
vertrouwensmaatstaf	89
verzekeringsaspecten	94, 100, 113
vloeiend verbintenissenrecht	2, 5, 9
voorzienbaarheid	66, 97
vrijheid (zie ook: negatieve en positieve vrijheid)	25
wanprestatie	
- en dwaling	11-12
- en onrechtmatige daad	15-20
- maatstaf	15
- wanprestatie als onrechtmatige daad jegens een derde	69-72
wederkerigheid	63, 67, 83, 90-91, 96
wil	26, 34
wilsautonomie	25, 35
wilsleer	27
<i>Wirtschaftliche Einheit</i>	44, 50
zaakwaarneming	77, 83
zelfbescherming	102
zelfbeschikkingsbeginsel	26-27
zorgethiek	30
zorgplicht	9, 12, 19, 29, 62, 89-90, 94
- zorgplicht en dwaling	9-12
- zorgplicht en grens wanprestatie en onrechtmatige daad	19-20
- zorgplicht en grens contract en onrechtmatige daad	22-24
- zorgplicht en grondslag juridische gebondenheid	22-31
- zorgplicht en vertrouwen	89-90
zorgplichtbeginsel	29
zorgplichten	9, 13
zorgvuldigheid (begrip)	14
zorgvuldigheidsnorm	13, 16-17
zuivere vermogensschade (zie ook: pure economic loss)	44, 98, 101, 102, 103



Het leerstuk van samenhangende rechtsverhoudingen kan worden gesproken - een leerstuk in ontwikkeling. De contouren van samenhangende rechtsverhoudingen zijn nog lang niet opgehelderd. Het gaat om onbepaalde meerpartijenverhoudingen waarin de rechtsposities van partijen verknoopt zijn, zonder dat sprake is van een meerpartijencontract.

In deze studie wordt getracht een bijdrage te leveren aan de ontwikkeling van een leerstuk van samenhangende rechtsverhoudingen door het fenomeen te analyseren en te beschouwen tegen de achtergrond van het hedendaagse verbintenissenrecht. Met dit doel voor ogen wordt achtereenvolgens ingegaan op:

- 1) het hedendaagse verbintenissenrecht en
- 2) de diverse manieren waarop de (feitelijk-economische) samenhang in meerpartijenverhoudingen in dit verbintenissenrecht verankerd kan worden.

De auteur kiest hierin een bepaalde methode en aan de hand van deze methode wordt een aantal gevallen geanalyseerd en worden tot slot, mede in rechtsvergelijkend perspectief criteria geformuleerd voor het toekennen van rechtsgevolgen aan de samenhang in (dit type) rechtsverhoudingen.